Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG

Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Ernennung zum Beamten, ihrer Regeln und deren Durchsetzbarkeit

DISSERTATION

Zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

von
Werner Jung
Saarbrücken
1978

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547302_0025

Der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG

Eine Untersuchung der verfassungsrechtlichen Grundlagen der Ernennung zum Beamten, ihrer Regeln und deren Durchsetzbarkeit

DISSERTATION

Zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes

von
Werner Jung
Saarbrücken
1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Tag der Disputation: 17. Februar 1978

Dekan: Professor Dr. Krauß

Erstberichterstatter: Professor Dr. Burmeister

Zweitberichterstatter: Professor Dr. Schiedermair

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung und Problemaufriß	1
Erstes Kapitel:	
Verfassungsrechtlicher Standort des Untersuchungs-	
gegenstandes und Themeneingrenzung	8
I. Beamter: Beruf im Sinne des Art. 12 I GG	8
1. Der Begriff des Berufs im Sinne des Art. 12 GG	8
2. Berufsfreiheit und Beamtenberuf	10
II. Beamter: Inhaber eines öffentlichen Amtes im	
Sinne des Art. 33 II GG	11
III. Der Begriff des "öffentlichen Amtes" in der Recht-	
sprechung des Bundesverfassungsgerichts	12
IV. Themeneingrenzung: Der Begriff des "öffentlichen	
Amtes" als Gegenstand der Staatszwecklehre	15
Zweites Kapitel:	
Die Regeln des Zugangs zum öffentlichen Dienst nach	
Art. 33 II GG	
- Die Auslese der Bewerber nach Leistung -	28
A. Die historische Grundlage und Bedeutung des Art. 33 II GG	28
B. Das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG	32
I. Die Zugangstrias: Eignung, Befähigung und	
fachliche Leistung	32

1. Eignung 41

a) Die Eignung als allgemein-menschliche, körperliche und geistige Qualifikation 41

b) Die konkrete Amtsbezogenheit der Eignung 45

c) Zulässige und verpönte Eignungskriterien 48

d) Kein absolutes Berücksichtigungsverbot generell verpönter Kriterien 51

e) Die besondere Problematik der politischen Eignung 53

f) Die Grenzen des Einflußbereichs der 'Eignung' - dargestellt an der Institution des politischen Beamten 56

g) Das Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung als Eignungskriterium im Sinne des Art. 33 II GG 60

2. Befähigung 68

a) Die Befähigung als fachlich-technische Qualifikation 68

b) Prüfungen und Zeugnisse als Befähigungsnachweise 69

c) Die besondere Bedeutung der Befähigung beim anderen Bewerber 71

3. Fachliche Leistung 73

a) Die fachliche Leistung als Beurteilungsmaßstab für Beförderungen 73

b) Aktuelle Leistung durch das Erfordernis der Beförderungsleistung 75

II. Die verfassungsrechtliche Konzeption des Leistungsgrundsatzes als Ausleseprinzip 77

III. Die Dynamik des Leistungsprinzips: Belohnungsgrundsatz oder Schätzungsgrundlage 78

1. Aspekte der Leistungsbeurteilung 79

2. Die Leistungsbewertung nach Art. 33 II GG 80

3. Die Leistungsbeurteilung als Prognose 81

4. Die Leistungsbeurteilung als Belohnung 82

IV. Der Ämterzugang nach Leistung: Individualrecht oder Organisationsprinzip 83

1. Distinktionen des Leistungsgrundsatzes in der Literatur 83

2. Der Leistungsgrundsatz als Statusprinzip 85

3. Leistungsprinzip und Leistungsfähigkeit der Verwaltung 85

4. Die Relativität der Leistung im Sinne der Auslese - Nachweis des Individualrechtsgehalts des Art. 33 II GG 87

5. Der Leistungsgrundsatz auch als Staatsorganisationsprinzip 88

Annex: Organisatorische Rückwirkungen auf die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens? 90

V. Antinomien des Leistungsprinzips zu anderen Grundsätzen des Beamtenrechts 94

1. Leistungsgrundsatz - Lebenszeitprinzip 94

a) Die Statik des Lebenszeitprinzips 96

b) Eingeschränkte Dynamik des Leistungsprinzips? 100

c) Alimentationsprinzip und Dienstpostenbewertung 103

d) Die Bedeutung des Lebenszeitprinzips für die Leistungsbeurteilung bei Einstellung des Beamten 107

2. Leistungsgrundsatz - Laufbahnrpinzip 109

a) Das Laufbahnprinzip als typisierende Leistungsbewertung 109

b) Der "andere Bewerber" im Spannungsfeld zwischen Laufbahnprinzip und Leistungsgrundsatz 112

c) Das Verhältnis des Laufbahnprinzips zum Leistungsgrundsatz 113

d) Das Laufbahnprinzip als Beweisregel für die Leistungsbewertung 114

e) Das Leistungsprinzip und die obligatorische Einstellung in den Eingangsämtern der Laufbahnen 116

3. Leistungsgrundsatz - Anciennitätsprinzip 118

a) Anciennität: Kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums 119

b) Schwäche des Beurteilenden - Macht der Anciennität 120

c) Anciennität als verfassungswidriges Prinzip 121

d) Leistungskonkordante Aspekte der Anciennität 122

e) Eintrittsaltervoraussetzungen und Mindestdienstzeiten 123

VI. Konkurrenz des Leistungsgrundsatzes mit anderen Verfassungsprinzipien 125

1. Leistungsgrundsatz - Sozialstaatsprinzip 126

2. Leistungsgrundsatz - landsmannschaftliches Prinzip 133

Drittes Kapitel:

Der Rechtsschutz des Bewerbers 141

Erster Abschnitt

Das Recht des Bewerbers auf Zugang zum öffentlichen Dienst nach Leistung gemäß Art. 33 II GG

- materiellrechtliche Grundlagen des Rechtsschutzes - 141

A. Die Rivalität staatsorganisatorischer und individualrechtlicher Interessen 143

I. Die staatsorganisatorische Sicht des Zugangs zum öffentlichen Dienst 145

1. Die Organisationsgewalt 145

2. Die Personalhoheit 146

3. Die Dienstherrnfähigkeit 148

4. Das Beamtenernennungsrecht 148

5. Folgerungen aus der rein staatsorganisatorischen Sicht des Zugangs zum öffentlichen Dienst 149

II. Die individualrechtliche Sicht des Zugangs zum öffentlichen Dienst 151

1. Das Recht auf Bewerbung 153

2. Das Recht auf sachgerechte Beurteilung und fehlerfreie Ermessensausübung 156

a) Das Recht auf sachliche, ermessensfehlerfreie Auslese 156

b) Art. 33 II GG und sein Verhältnis zu Art. 3 und 12 GG 157

c) Die Leistungsauslese als Rechtsentscheidung 160

d) Der Beurteilungsspielraum des Dienstherrn 162

e) Die Gefahr der Ämterpatronage und die Ausschreibung als ein Mittel zu ihrer Abwendung 162

3. Anspruch auf Ernennung? 165

a) Grundsätzlich kein Anspruch auf Ernennung zum Beamten 165

b) Das Ausleseverfahren als notwendige Voraussetzung einer Verdichtung der Zugangsgleichheit zum Anspruch auf Ernennung 167

aa) Die Verdichtung des Rechts auf sachgerechte Beurteilung zum Anspruch auf Ernennung bei unspezifischer Bewerbung um Aufnahme in den öffentlichen Dienst 167

bb) Der Vorbehalt der organisatorischen Bereitschaft der Behörde zur Besetzung der Beamtenstelle 168

cc) Die Bewerbung um ein bestimmtes Amt 170

B. Der Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers 172

I. Der Anspruch auf Bereitstellung eines anderen Amtes 173

1. Keine haushaltsrechtlichen Bedenken 173

2. Staatsorganisationsrechtliche Bedenken 173

3. Möglichkeit doppelter Verletzung des Leistungsprinzips 174

II. Die Bestandskraft der Ernennung zum Beamten 175

1. Bestandskraft contra Leistungsprinzip? 176

2. Das verfassungsrechtliche Fundament der Bestandskraft beamtenrechtlicher Ernennungen 176

a) Unanfechtbarkeit und Rechtsschutzgarantie 177

b) Bestandskraft der Beamtenernennung als Ausfluß eines Verfassungssatzes? 178

aa) Der Grundsatz der Rechtssicherheit 178

bb) Parallelproblematik bei Anfechtung einer Entlassung 179

c) Verfassungskonforme Interpretation der beamtengesetzlichen Regeln über die Aufhebung einer Ernennung 180

aa) Materielle und prozessuale Problematik des Verwaltungsakts mit Doppelwirkung 180

bb) Der Vertrauensschutz des Ernannten 181

III. Zwischenergebnis 183

Zweiter Abschnitt

Die Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf Zugang zum öffentlichen Dienst nach Leistung gemäß Art. 33 II GG

- prozessuale Problematik des Rechtsschutzes - 185

A. Die prozessualen Möglichkeiten des Bewerbers vor Ernennung eines Konkurrenten 186

I. Das Recht auf Bewerbung und seine Durchsetzung 186

II. Das Recht des Bewerbers auf sachgerechte Auslese und seine Durchsetzung 187

1. Absage wegen offenkundigen Fehlens zulässiger Voraussetzungen 188

2. Absage aus unsachlichen Gründen 188

a) Rechtsschutz schon bei Verdacht unsachgemäßer Auslese? 189

b) Vorläufiger Rechtsschutz bei drohender Rechtsverletzung 191

c) Verdichtung des Anspruchs auf sachgerechte Auslese zum Anspruch auf Ernennung 192

B. Die prozessualen Möglichkeiten des Bewerbers nach Ernennung eines Konkurrenten 193

I. Die Anfechtung der Ablehnung - Folgenbeseitigung 193

II. Die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten 195

1. Die Anfechtungsfrist 195

2. Die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten 200

III. Die Verpflichtung zur Ernennung des übergangenen Bewerbers 201

IV. Der Suspensiveffekt 203

V. Schadensersatzansprüche des übergangenen Bewerbers 204

VI. Die Verfassungsbeschwerde des übergangenen Bewerbers 206

Literaturverzeichnis 208

Einleitung und Problemaufriß

Bei Sichtung der beamtenrechtlichen Literatur fällt auf, daß es zwei stets aktuelle Themen gibt, die Gegenstand einer kaum überschaubaren Fülle von Aufsätzen und zahlreicher Monographien sind. Sie heben sich zumindest quantitativ deutlich aus der Masse beamtenrechtlicher Problemerörterung hervor:

Thema Nummer eins ist das Leistungsprinzip des Beamtenrechts. Nicht nur die wissenschaftliche Diskussion, sondern auch die Publizistik in Presse und Rundfunk haben sich dieses Themas mit einer kaum wiederzufindenden Ausdauer angenommen. Fast ausnahmslos haben die Autoren seine Durchbrechung in der Praxis durch parteipolitisches Proporzdenken, Protektion, Anciennität und andere leistungsfremde Gesichtspunkte angeprangert, seine Verwirklichung durch geeignete gesetzliche Vorschriften gefordert und vielerlei Vorschläge hierzu unterbreitet.

Thema Nummer zwei ist das Problem der Radikalen im öffentlichen Dienst, mit anderen Worten: die politische Treuepflicht des Beamten. Bei weitem nicht so neu, wie die aktuelle Diskussion und Gesetzgebung es vermuten ließe, findet und fand auch dieser Fragenkomplex zahllose Kommentatoren in der Öffentlichkeit wie in der wissenschaftlichen Diskussion.

So verschieden beide Themen auf den ersten Blick auch sein mögen, sie haben eine elementare Frage zu ihrer gemeinsamen Grundlage, vielleicht die elementarste Frage des Beamtenrechts überhaupt: die Frage des Zugangs zum öffentlichen Dienst! Leistungsprinzip und politische Treuepflicht sind Teilaspekte der Problematik, welche Kriterien von einem Bewerber um Aufnahme in den Beamtendienst bei seiner Ernennung zu fordern sind.

Unterzieht man sich einer umfassenden Lektüre der einschlägigen Literatur, begegnet man einem Phänomen, das zumindest für die Diskussion auf wissenschaftlicher Ebene seltsam anmutet: Diese zentralen beamtenrechtlichen Fragen werden bestenfalls auf dem Boden der Beamtengesetze erörtert. Kaum ein Autor, der sich der Mühe unterzöge, nach den verfassungsrechtlichen Grundlagen seines Themas zu fragen und mit seinen Ausführungen an den Regelungen des Grundgesetzes zu dieser Materie anzuknüpfen.

Eine umfassende monographische Darstellung des 'Zugangs zum öffentlichen Dienst' existiert - soweit ersichtlich - bislang noch nicht. Statt dessen begnügt man sich mit der salomonischen Feststellung des Bundesverfassungsgerichts, daß die Berufswahlfreiheit des Art. 12 I GG auch für die Bewerber um öffentliche Ämter insoweit unangetastet bleibe, als jeder Deutsche sie als Beruf frei wählen könne und niemand ihre Wahl aufgezwungen oder verboten werden dürfe. Das Grundrecht des Art. 12 I GG gelte seinem Wesen nach auch für Berufe, die öffentlicher Dienst seien, Art. 33 GG ermögliche für alle diese Berufe aber weithin Sonderregelungen aus der Natur der Sache. Das

danach mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl für den Einzelnen werde durch den gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung gewährleistet (1). Dieser Verfassungsregel des gleichen Zugangs zu allen öffentlichen Ämtern nach Art. 33 II GG - den das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich zitiert - kommt indessen nach bislang überaus herrschender Meinung "nur geringe praktische Bedeutung" zu (2).

Ob bewußt oder unbewußt, das Bundesverfassungsgericht hat durch diesen "Schachzug" den Beamtenbewerber in seinem grundrechtlichen Schutz "matt" gesetzt: die Spezialregelung des Art. 33 II GG verdränge zwar einerseits sein Berufsfreiheitsrecht aus Art. 12 I GG, gewähre aber andererseits kein aktualisierbares Recht.

Dieser Folgerung kann angesichts der staatspolitischen Bedeutung des Rechts auf Zugang zum öffentlichen Dienst nicht ungeprüft beigetreten werden. Bevor die Verfassung als inhaltslos abgetan wird, und sei es nur für einen kleinen Spezialbereich, müssen alle Versuche gescheitert sein, ihren Rechtssätzen einen vertretbaren Sinngehalt beizulegen.

---

1) BVerfGE 7, S. 377, 397 f.

2) Vgl. die Nachweise bei Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 11.

Dieser Mühe hat sich für die Frage des Zugangs zum öffentlichen Dienst bisher noch kein Autor unterzogen, es sei denn in bloßen Anklängen zu anderen Untersuchungsgegenständen. Dabei fordert die große praktische - staatsorganisatorische wie individualrechtlich-staatsbürgerliche - Relevanz geradezu eine grundlegende Klärung. Schließlich gewährt die Möglichkeit, in der Staatsverwaltung für seinen Staat zu arbeiten, dem Beamten wohl die intensivste Ausübung staatsbürgerlicher Einflußnahme und Mitwirkung. Diese Bedeutung des Rechts auf Zugang zum öffentlichen Dienst verträgt sich nicht mit der Bedeutungslosigkeit, mit der die einschlägigen Verfassungssätze abgetan werden.

Diese Überlegungen waren Anlaß, die verfassungsrechtlichen Grundlagen des Zugangs zum öffentlichen Dienst, seine Regeln und deren Durchsetzbarkeit zu untersuchen.

Ausgehend von dem Plan, den 'Zugang zum öffentlichen Dienst' in seiner ganzen Vielschichtigkeit mit allen seinen Sonderformen öffentlicher Dienstverhältnisse zum Gegenstand der Arbeit zu machen, mußte jedoch bald erkannt werden, daß ein solches Vorhaben nicht nur den Rahmen einer Dissertation bei weitem gesprengt hätte. Wegen der Vielfalt spezieller Eigengesetzlichkeiten des öffentlichen Dienstes im weitesten Sinne hätte auch die Klarheit der Darstellung zwangsläufig leiden müssen.

Aus diesen Gründen wurde die Untersuchung thematisch eingegrenzt und auf die zentrale Frage der Ernennung des ("normalen") Beamten beschränkt. Damit ist der Gegenstand der Arbeit zum einen auf den öffentlichen Dienst im engen Sinne der Beamten reduziert worden. Die Angestellten und Arbeiter im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis sind ebenso ausgeschieden wie die sonstigen Amtsträgerverhältnisse (zum Beispiel des Notars, der Ehrenbeamten und ähnlicher Ämter). Zum anderen wurde auch auf die Behandlung der Besonderheiten verzichtet, die sich für Richter, Soldaten, Hochschullehrer und andere spezielle Beamtengruppen ergeben. Da diese besonderen Regeln folgen, hätten die Teil- und Zwischenergebnisse der Untersuchung daraufhin überprüft werden müssen, ob die gefundenen Grundsätze auch für die jeweiligen Sonderformen von Beamten gelten können oder entsprechende Korrekturen erfordern. Dies hätte zu einer kasuistischen Überladung der Arbeit geführt und von den grundlegenden Gedanken und Erkenntnissen abgelenkt.

Neben dieser Begrenzung des Untersuchungsgegenstandes auf den Normalfall des Beamten im Sinne der Beamtengesetze erschien eine weitere thematische Einschränkung notwendig und sinnvoll: Die Arbeit befaßt sich ausschließlich mit den materiellrechtlichen Problemen, die der Zugang zum Beamtendienst aufwirft.

Die sicher ebenso interessante und ebenso bedeutende verfahrensrechtliche Problematik dieses Fragenkomplexes wurde ausgeklammert. Hierüber finden sich in der Literatur, insbesondere in Bericht und Gutachten der Dienstrechtsreformkommission, bei weitem zahlreichere und gründlichere Untersuchungen als dies für den materiellen Bereich des

Problems zutrifft. Gerade auch wegen des Fehlens einer grundlegenden Darstellung der materiellen verfassungsrechtlichen Grundsätze des Ämterzugangs erschien es wenig sinnvoll, den verfahrensrechtlichen Aspekt anzugehen, bevor die materielle Grundlage für solche Überlegungen geschaffen war.

Anknüpfend an die drei Auslesemerkmale - Eignung, Befähigung und fachliche Leistung - wird das Leistungsprinzip aus verfassungsrechtlicher Sicht analysiert, wie es in Art. 33 II GG Ausdruck gefunden hat. Hier gilt es vor allem das Merkmal der Eignung zu konkretisieren und ihm einen plastischen Bedeutungsinhalt zu vermitteln. Dabei ist ein besonderes Augenmerk auf die Frage zu richten, ob alle Teilaspekte der "Eignung" für jedes Beamtenamt in gleicher Weise gelten oder ob die konkreten Amtserfordernisse eine differenzierende Beurteilung verlangen.

An dieser Stelle gewinnt die Untersuchung brisante politische und verfassungsrechtliche Aktualität durch die Problematik der politischen Treuepflicht des Beamten: Ist das Bekenntnis des Beamten für die freiheitlich demokratische Grundordnung ein Eignungsmerkmal wie jedes andere und erlaubt es eine graduelle Anpassung an die Erfordernisse des konkret zu besetzenden Amtes oder muß es wegen seiner unnachgiebigen Stringenz für alle Beamte gleichermaßen gelten und ist deshalb als eigenständige Ernennungsvoraussetzung einzustufen?

Aus dem Verständnis des Leistungsprinzips als Auslesemaßstab zur Ermittlung des besten Bewerbers für die Einstellung in den Beamtendienst wird sich die weichenstellende Frage stellen, ob der beamtenrechtliche Leistungsgrundsatz Staatsorganisationsprinzip und bestimmt ist, die Leistungsfähigkeit der Verwaltung zu optimieren, oder ob er - zumindest auch - ein individualgrundrechtliches Statusprinzip des Beamten formuliert.

Nachdem das Ergebnis an den anderen Grundsätzen des Beamtenrechts und konkurrierenden Verfassungsprinzipien gemessen und überprüft ist, können dann Folgerungen für den Rechtsschutz des Bewerbers um die Ernennung zum Beamten gezogen werden. Dabei wird die Intention der Untersuchung nicht - wie die bisherige Literatur und Rechtsprechung zu diesem Thema - auf die Gewährung von Schadensersatzansprüchen gerichtet sein, sondern auf die Durchsetzung des Rechts auf Zugang zu dem begehrten öffentlichen Amt.

Erstes Kapitel:

Verfassungsrechtlicher Standort des Untersuchungsgegenstandes und Themeneingrenzung

I. Beamter: Beruf im Sinne des Art. 12 I GG

Vor der Frage nach den verfassungsrechtlichen Grundlagen des Zugangs zum öffentlichen Dienst stellt sich zunächst das Problem, welche Verfassungsartikel den Gegenstand der Untersuchung regeln.

Sedes materiae könnte zunächst Art. 12 I GG sein, der jedem Deutschen das Recht gewährt, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. In Anwendung dieses Grundrechts wäre jeder deutsche Staatsbürger berechtigt, eine Tätigkeit im öffentlichen Dienst zu wählen, wie er die Freiheit hat, sich irgendeinem anderen Beruf zu verschreiben. Das setzt jedoch zunächst voraus, daß auch die Beamten einen Beruf im Sinne des Art. 12 I GG ausüben und das Grundrecht des Art. 12 GG auch ihnen die Freiheit gewährt, einen solchen Beruf zu wählen.

1. Der Begriff des Berufs im Sinne des Art. 12 GG

Beruf im Sinne des Art. 12 GG ist jede erlaubte, auf Dauer berechnete und nicht nur vorübergehende Betätigung, die der Schaffung und

Erhaltung einer Lebensgrundlage dient (1).

Dieser in ständiger Rechtsprechung und von der herrschenden Lehre vertretene Berufsbegriff erfaßt freilich nicht alle Fälle und ist andererseits wiederum zu weit (2). Eine erste Präzisierung erreicht man, wenn man "dienen" im Sinne der Definition als "zu dienen bestimmt ist" versteht (3) (4).

Art. 12 I GG unterscheidet nicht zwischen dem selbständig und unselbständig ausgeübten Beruf; auch abhängige Arbeit kann als Beruf gewählt werden (5). - Die Freiheit der unselbständigen Berufe beschränkt sich dabei nicht auf die Freiheit vom Zwang zu einem

---

1) Ständ. Rspr.; BVerwGE 1, S. 54, 56; 2, S. 89,92; BVerfGE 7, S. 377, 397; 11, S. 183, 185; 14, S. 22, 25; Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 19; Bachof, Freiheit, S. 181; v. Mangoldt-Klein, S. 358.

2) Vgl. Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 19; Bachof, Freiheit, S. 181.

3) So übt ein Künstler auch dann einen Beruf im Sinne des Art. 12 GG aus, wenn er von dem Erlös, den seine Tätigkeit erbringt, nicht leben kann.
Vgl. Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 19; auch: Bachof, Freiheit, S. 182.

4) Auf die Extreme im Spektrum der Berufe braucht im vorliegenden Zusammenhang nicht eingegangen zu werden, da diese für die Entscheidung der anstehenden Frage, ob auch Tätigkeiten im öffentlichen Dienst zu den Berufen im Sinne des Art. 12 GG zu rechnen sind, irrelevant bleiben. Vgl. insoweit die einschlägigen Kommentierungen zu Art. 12 GG.

5) BVerfGE 7, S. 377, 398; auch: Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 21; v. Mangoldt-Klein, S. 358; Bachof, Freiheit, S. 182 f.

bestimmten Arbeitsplatz. In gleicher Weise wie bei den selbständigen Berufen wendet sich Art. 12 I GG bei den unselbständigen Tätigkeiten gegen alle Beschränkungen, die den Zugang zum Beruf als solchen oder seine Ausübung verhindern oder erschweren (6).

Bei Anwendung des so verstandenen Berufsbegriffes auf die Angehörigen des öffentlichen Dienstes kann es keinem Zweifel unterliegen, daß auch diese einen Beruf im Sinne des Art. 12 I GG ausüben. Art. 12 I GG gilt deshalb grundsätzlich auch für die Berufe im öffentlichen Dienst (7).

2. Berufsfreiheit und Beamtenberuf

Mit der Anerkennung einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst als Beruf im Sinne des Art. 12 I GG ist allein die tatbestandliche Geltung der Berufsfreiheit auch für den öffentlichen Dienst bejaht.

Deshalb war die ursprünglich vom BVerwG (1) vertretene Auffassung, das Grundrecht der Berufsfreiheit gelte "seinem Wesen nach nicht für solche Berufe, die Aufgaben wahrnehmen, welche der öffentlichen

---

6) Bachof, Freiheit, S. 183.

7) H.A.; BVerfGE 7, S. 377, 397 f; Bachof, Freiheit, S. 183; v. Mangoldt-Klein, S. 358; Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 51 u. 95; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 637; a.A. noch: BVerwGE 2, S. 85, 86; 4, S. 250, 254.

1) E 2, S. 85, 86; 4, S. 250, 254.

Hand vorbehalten sind", mit Art. 12 I GG nicht vereinbar, da sie in dieser Allgemeinheit auch die tatbestandliche Einschlägigkeit verneinte (2). Denn zumindest der negative Freiheitsgehalt des Art. 12 I GG muß auch für den öffentlichen Dienst gelten: Niemand darf zur Übernahme einer Tätigkeit im öffentlichen Dienst gezwungen werden (3).

Ob die Rechtsfolge der Freiheit von Berufswahl und -ausübung auch in ihrem positiven Gehalt uneingeschränkt mit der grundrechtlichen Garantie des Art. 12 I GG eintritt, steht damit noch nicht fest. Setzt die Wahl einer Berufstätigkeit als Beamter die Übertragung eines öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 33 II GG voraus, mag Art. 33 II GG die Rechtsfolgeseite des Art. 12 I GG modifizieren.

II. Beamter: Inhaber eines öffentlichen Amtes im Sinne des Art. 33 II GG

Wer Beamter werden will, erstrebt einen Beruf im Sinne des Art. 12 I GG. Denkt man an den besonderen Schutz, den die Verfassung dem Berufsbeamtentum zuteil werden läßt, indem sie seine hergebrachten Grundsätze konservativ festschreibt (Art. 33 V GG), denkt man an den verfassungsgesetzlichen Vorbehalt der Ausübung hoheit-

---

2) BVerfGE 7, S. 377, 398; Bachof, Freiheit, S. 183.

3) BVerfGE 7, S. 377, 397 f.

licher Befugnisse zugunsten des Beamten, der ihn privilegiert, ihn zu etwas Besonderem macht (Art. 33 IV GG), kann die Banalität dieser Feststellung nicht befriedigen.

Es wäre aus staatsorganisatorischer wie staatsbürgerlicher Sicht unverständlich, wenn die Verfassung dem Beamten die Ausübung der Staatsgewalt übertrüge, und zwar die Existenz und Ausformung des Beamtenrechts wegen der besonderen Bedeutung des Beamtentums für die staatliche Gemeinschaft sicherstellte, aber die Frage unbeantwortet ließe, wer und unter welchen Voraussetzungen er Beamter werden kann.

Beide Forderungen scheint auf den ersten Blick derselbe "Beamtenartikel" in seinem Absatz 2 zu erfüllen, wenn er jedem Deutschen nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte verspricht (Art. 33 II GG).

III. Der Begriff des "öffentlichen Amtes" in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Angesichts des undifferenzierten Gebrauchs der Begriffe des "öffentlichen Amtes" und des "öffentlichen Dienstes" durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und angesichts der ständig wechselnden Begriffsinhalte, wie aus den jeweiligen Zusammenhängen hergeleitet werden muß, gestaltet sich die Aufgabe besonders schwierig, ein klares Bild des "öffentlichen Amtes" nach den Skizzen gerade des BVerfG zu zeichnen.

Gesichert scheint allein die Erkenntnis, daß es Berufe geben soll, die "nach heutigen Vorstellungen der organisierten Gemeinschaft, in erster Linie dem Staate, vorbehalten bleiben müssen " (1). Bezeichnet man solche Tätigkeiten kurz als "staatsvorbehaltene Berufe", so hat man nur einen unbestimmten Terminus durch einen ebensowenig exakt abgrenzbaren anderen Begriff ersetzt, ohne auch nur die Gewißheit der Identität beider Inhalte zu haben.

Folgt man der Judikatur des BVerfG, daß der Notar ein "öffentliches Amt" ausübe (2), sein Beruf aber nicht "zum 'öffentlichen Dienst' im engeren Sinne" gehöre, da der Notar "nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Staate" stehe - er sei nicht Beamter (3) - so reduziert das Gericht hier den Begriff des öffentlichen Dienstes "im engeren Sinne" auf den Beamten, obwohl zumindest insoweit keine Veranlassung dazu bestand, als der Notar zweifelsfrei auch kein Angestellter eines öffentlich-rechtlich organisierten Dienstherrn ist, also auch kein Angehöriger des öffentlichen Dienstes im Sinne üblicher Begriffsbildung.

Darf der Versuch, dieser ausdrücklichen Begriffseinengung einen Sinn beizumessen, zu dem Ergebnis kommen, daß das öffentliche Amt wohl einen weiteren Bereich umfasse als das Beamtenamt, da auch der Notar ein öffentliches Amt ausübt, ohne Beamter zu sein; daß

---

1) BVerfGE 7, S. 377, 397; 16, S. 6, 21.

2) BVerfGE 17, S. 371, 377; 11, S. 192, 202 f; so auch: § 1 BNotO.

3) BVerfGE 17, S. 371, 377.

das öffentliche Amt aber nicht den gesamten öffentlichen Dienst mit seinen Beamten, Angestellten und Arbeitern begreife und noch darüber hinaus gehe?

Wie aber ist es dann zu verstehen, daß "für alle Berufe, die 'öffentlicher Dienst' sind, Art. 33 GG weithin Sonderregelungen" ermögliche, "das hiernach mögliche Maß an Freiheit der Berufswahl für den Einzelnen" werde "durch den gleichen Zugang aller zu allen öffentlichen Ämtern bei gleicher Eignung (Art. 33 Abs. 2 GG) gewährleistet" (4)?

Jedenfalls scheint der - wie immer begriffene - "öffentliche Dienst" in dem "öffentlichen Amt" als dem weiteren Begriff enthalten zu sein.

Oder ist der Begriff des öffentlichen Dienstes vielleicht mit dem des öffentlichen Amtes identisch? Anhaltspunkt solchen Verhältnisses könnte die Feststellung des BVerfG (5) sein, "je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den 'öffentlichen Dienst' herangeführt wird, umso stärker können Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG tatsächlich zurückdrängen" (6).

---

4) BVerfGE 7, S. 377, 398; vgl. auch: BVerfGE 17, S. 371, 377.

5) BVerfGE 7, S. 377, 398; 17, S. 371, 377.

6) Vgl. auch: BVerfGE 11, S. 30, 40; 17, S. 371, 377.

Unausgesprochene - weil selbstverständliche - Prämisse solcher Aussage ist die These, daß der Beamte der ureigenste Träger eines "öffentlichen Amtes" im Sinne des Art. 33 II GG ist. Für ihn ist Art. 33 GG die 'Hausvorschrift', die seinen Platz im Staatsgefüge verfassungsrechtlich festschreibt - eben der 'Beamtenartikel'.

Während Art. 33 II GG ipso iure nur für den öffentlichen Dienst gälte - so BVerfG (7) -, strahlte er seine grundrechtsbeschränkende Wirkung auch auf dem öffentlichen Dienst nahestehende berufliche Tätigkeiten aus, je nach "Eigenart und Gewicht der zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben".

IV. Themeneingrenzung: Der Begriff des "öffentlichen Amtes" als Gegenstand der Staatszwecklehre

Wenn auch die Judikatur klare Kriterien zur Definition des "öffentlichen Amtes" vermissen läßt, so zeigt sie doch - man könnte glauben: unbewußt - den Weg für die Suche nach den wesensbestimmenden Elementen des Begriffs: die Erfüllung staatlicher Aufgaben in staatlicher oder zumindest staatsähnlicher Organisation.

---

7) BVerfGE 7, S. 377, 398; 17, S. 371, 377.

Obwohl oder gerade weil die Arbeit den Titel "Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG" trägt, soll dieser Weg nicht näher verfolgt werden. Und dies aus zwei Gründen:

Erstens: Das öffentliche Amt kann nur durch die Art der zu erfüllenden Aufgaben und der aus ihnen folgenden notwendigen Art und Weise ihrer Erfüllung konstitutiv definiert werden.

Das Amt ist ein Funktionskreis (1), eine Kompetenzfülle (2) von Aufgaben, die einem Menschen zur verantwortlichen Wahrnehmung übertragen werden (3). Es wird zum "öffentlichen Amt" dadurch qualifiziert, daß nicht Aufgaben eines Privaten, sondern solche der organisierten Gemeinschaft wahrgenommen werden (4). Es handelt sich also stets um derivative, staatliche, nicht um originäre eigene Aufgaben des Amtswalters.

Die Bekleidung eines öffentlichen Amtes setzt damit zwangsläufig einen Bezug zum Staat voraus, da die Erfüllung "öffentlicher Aufgaben" logisch die Beleihung oder Übertragung durch das Gemeinwesen, den Träger jeden öffentlichen Amtes, prämittiert, ansonsten es sich um private Geschäfte des Amtswalters oder eines Dritten handeln würde (5).

---

1) Peters, Lehrbuch der Verwaltung, S. 116.

2) Heinrichs, Staatslexikon, Art.: "Amt" I, Sp. 305 f.

3) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 73 I a; Köttgen, Amt, S. 119 ff.

4) Leisner, Amt, S. 182 f.

5) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 73 I c.

Das öffentliche Amt kann folglich nur Aufgaben zum Inhalt haben, welche der Staat oder ein Träger mittelbarer Staatsverwaltung in Eigenzuständigkeit zu erfüllen berechtigt oder verpflichtet ist (6).

Qualifiziert sich das "öffentliche Amt" wesensmäßig durch die Erfüllung öffentlicher Aufgaben in staatlicher oder staatsähnlicher Organisation, steht die Bemühung um eine exakte Definition des "öffentlichen Amtes" vor dem Problem, den Kreis "öffentlicher Aufgaben" zu beschreiben. Denn wenn sich die grundrechtsbeschränkende Wirkung des Art. 33 II GG nur aus "Eigenart und Gewicht der zu erfüllenden öffentlichen Aufgaben" legitimiert (7), muß diese Einengung des grundrechtlichen Freiheitsraums von der Verfassung gebilligt sein.

Allein die Deklaration eines Tätigkeitsinhalts zur öffentlichen Aufgabe mit der Folge, daß sie in der Gestalt eines öffentlichen Amtes zu erfüllen sei, wäre sonst geeignet, den Einfluß- und Machtbereich des Staates auf Kosten des grundrechtlichen Freiheitsraums der Bürger zu vergrößern.

Damit werden die "öffentlichen Aufgaben" zum zentralen Abgrenzungskriterium zwischen grundrechtlicher Entfaltungsfreiheit im Bereich des Art. 12 GG und staatlichem Reglement der öffentlichen Ämter.

---

6) Leisner, Amt, S. 183; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 12.

7) BVerfGE 7, S. 377, 398.

Die Kriterien der "öffentlichen Aufgaben" können ihrerseits nur aus den Grundsätzen heutiger Staatszielvorstellungen gewonnen werden (8). Diese zu konkretisieren und zu begründen soll und braucht für die vorliegende Fragestellung nicht einmal der Versuch unternommen zu werden.

Die Zwecke und Ziele staatlichen Handelns zu ergründen, war lange Zeit überhaupt verpönt gewesen, weshalb selten eine Antwort auf diese Frage in Lehrbüchern zu finden war und Antworten, die gegeben wurden, sich in vager Unbestimmtheit zurückhielten (9). Dies hat seine Ursache in der Heteronomie der Staatsaufgaben und wird deutlich in dem bezeichnenden Wort Otto Mayers: "die Tätigkeit des Staates zur Verwirklichung seiner Zwecke unter seiner Rechtsordnung" (10) oder in der Kurzformel Lorenz von Steins: "tätig werdende Verfassung" (11).

---

8) Grundlegend: Bull, Die Staatsaufgaben, 1973; Klein, DÖV 1965, S. 755 ff; Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 759 ff; Menger, DVBl. 1960, S. 297 ff; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, insbes. S. 101 ff; Peters, Öffentliche und Staatliche Aufgaben, S. 877 ff; Krautzberger, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben, insbes. S. 37 ff; Scheuner, Staatszielbestimmungen, S. 325 ff; Ehmke, "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, S. 23 ff; vgl. auch: v. Humboldt, Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates; ferner: Entwicklung der Aufgaben ..., Vorträge und Diskussionsbeiträge, 1971.

9) Vgl. Menger, DVBl. 1960, S. 297.

10) Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht I^3 (1924), S. 13.

11) Lorenz von Stein, Handbuch der Verwaltungslehre, I^3 (1888), S. 6.

Eine inhaltlich übereinstimmende Antwort läßt sich etwa für den liberalen formalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, den totalitären Unrechtsstaat der späteren Nationalsozialistischen Zeit und den freiheitlich-demokratischen materiellen Rechtsstaat des Grundgesetzes schlechterdings nicht geben, weil die den jeweiligen Verfassungskonzeptionen zugrunde liegenden Vorstellungen vom Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern allzu verschieden wären, und demgemäß auch die Aufgaben nicht übereinstimmen können, vor die die Verwaltung jeweils gestellt war (12).

Diese Aufgaben stehen mit den jeweiligen Staatszwecken in einem unlöslichen Zusammenhang; gleichwohl müssen sie von ihnen begrifflich unterschieden werden. Sind die Staatszwecke die gedanklich vorgestellten Endziele staatlichen Handelns, so ergeben sich die Aufgaben des Staates und der ihn repräsentierenden 'Gewalten' aus der Konkretisierung jener Staatszwecke in den einzelnen Bereichen staatlicher Tätigkeit. So sind auch die Verwaltungsaufgaben orientiert an den Staatszielbestimmungen der Verfassung (13).

Unser Staat präsentiert sich nach Art. 20, 28 des Grundgesetzes als sozialer Rechtsstaat (14).

---

12) Menger, DVBl. 1960, S. 297 f; Krüger, Der Staat 10 (1971), S. 1 ff.

13) Menger, DVBl. 1960, S. 298.

14) Grundlegend zum "sozialen Rechtsstaat": Bachof, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff; Bogs, Problem, S. 367 ff; Forsthoff, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff; ders., Verfassungsprobleme; Geiger, Sozialer Rechtsstaat, S. 9 ff; Huber, Rechtsstaat, S. 589 ff; Jahrreis, Freiheit und Sozialstaat; Werner, Sozialer Rechtsstaat, S. 153 ff.

Dieser soziale Rechtsstaat kann und darf sich nicht auf die Wahrung von Sicherheit und Ordnung nach außen und im Innern beschränken; er darf die Sozial- und Wirtschaftsordnung nicht als vorgegebene, in sich ruhende, eigenständige Ordnung begreifen, die er grundsätzlich als gerechte Ordnung akzeptiert und die der Autonomie der Gesellschaft entzogen ist; eine Ordnung, die es mit den Mitteln der staatlichen Rechtsordnung nur aufrechtzuerhalten und im Konfliktsfall durchzusetzen gilt (15).

In unmittelbarer und mittelbarer Staatsverwaltung hat der Staat die sozialen Forderungen seiner Bürger zu erfüllen, wobei er als "Träger daseinsnotwendiger oder ausgleichender Dienst-, Sach- oder Geldleistungen" fungiert (16). Mit diesem Funktionsgehalt der öffentlichen Hand verschwimmt das traditionell dualistische Verständnis von Staat und Gesellschaft. Besonders auch im Bereich der Wirtschaft bedient sich die Gesellschaft zur Erbringung der ihr aufgegebenen

---

15) Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I^{7} (1958), S. 59 ff; Bender, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 335; Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 3 f; Salomon, S. 28 ff; Stern, Art. "Sozialstaat", in: Ev. Staatslexikon, Sp. 2093; Badura, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 31 ff.

16) Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 4 f; vgl. dazu auch grundlegend: Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger; ders., Verfassungsprobleme, S. 6 ff.

Leistungen des "in Ämtern und Gesetzen repräsentierenden Staates" (17).

In der Erneuerung der Sozial- und Wirtschaftsstruktur als der Erfüllung seiner zentralen Aufgabe darf der soziale Rechtsstaat aber auch nicht - wie der totale Polizeistaat - zum überdimensionalen Vormund seiner Bürger werden und diese zu Untertanen degradieren, sie in die Rolle "wohlgenährter Sklaven" verweisen (18).

In dem weiten Raum zwischen diesen Grenzpfosten bewegt sich mit der Lehre von den Staatszielen die Antwort auf die Frage, welche Aufgaben der Staat zu "öffentlichen" erklären und sie damit in seine Regelungs- und Erledigungskompetenz überführen darf (19). Dabei muß

---

17) Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 527; vgl. statt vieler auch: Ehmke, Wirtschaft und Verfassung, S. 669 ff; ders., "Staat" und "Gesellschaft", S. 23 f; Rüfner, Formen öffentlicher Verwaltung.

18) Menger, DVBl. 1960, S. 298; Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 7 mit weit. Nachw.; im einzelnen: Badura, BayVBl. 1971, S. 7 ff; Scholz, Wirtschaftsaufsicht, S. 104 ff.

19) Vgl. grundlegend dazu: Badura, AöR 92 (1967), S. 382 ff; ders., Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, S. 18 f; Ballerstedt, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 82; Bender, Rechtsstaat und Sozialstaat, S. 357; Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 160 f; Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 6; Lerche, Werbung und Verfassung, S. 69 f; ders., Rundfunkmonopol, S. 62; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 122; Scheuner, Errichtung öffentlicher Körperschaften, S. 814.

man sich der Tatsache bewußt sein, daß eine nicht unerhebliche Gefahr dadurch droht, daß Quantität in Qualität umschlägt und den sozialen Rechtsstaat - wie ihn unsere Verfassung gewollt und ausgestaltet hat - schleichend in einen Wohlfahrts- oder Versorgungsstaat transformiert, dessen Allzuständigkeit von der verfassungsrechtlichen Generalvollmacht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben nicht mehr gedeckt ist (20) (21).

Doch nicht genug damit, daß bereits die fotographische Momentaufnahme der Staatszwecke und -aufgaben bloß ein verschwommenes Abbild der nur schemenhaft begrenzten (Verfassungs-)Realität zu zeichnen in der Lage ist; dieses Bild wird noch "verwackelt" durch die Bewegungen der lebendigen, fortwährend ihre Konturen im Detail verändernden Verfassung. Eine Dynamik, die unverzichtbare Voraussetzung für die Lebensfähigkeit der Verfassung ist, indem sie sich an die veränderte Wirklichkeit anzupassen fähig ist.

Unter diesen Umständen muß das Unterfangen, die Staatsaufgaben abschließend und konkret zu beschreiben, notwendig scheitern.

---

20) In diesem Sinne auch: Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, Einleitung S. 1 f.

21) Der soziale Rechtsstaat erkennt das Individuum in seiner gesellschaftlichen Gemeinschaftsgebundenheit, ohne dessen Eigenständigkeit und Eigenwertigkeit okkupieren zu wollen. Vgl. mit ausführlicher Begründung: Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 8 f.

Der Begriff der öffentlichen Aufgaben und mit ihm der Begriff des öffentlichen Amtes ist ein offener Begriff, der keine Eingrenzung duldet. Unsere Staatsauffassung verträgt sich nicht mit einem enumerativen Staatsverständnis (22).

Hier können Staatstheorie und Staatsrechtslehre eine materiale Deutung der Begriffe im Sinne einer näherungsweisen Umschreibung versuchen - eine abschließende Beschreibung im Sinne einer Definition wird aber scheitern müssen, weil die Staatsaufgaben nicht festgeschrieben sind.

Vielleicht gewährleistet allein das Spannungsverhältnis zwischen den weitgefaßten Staatszielbestimmungen der Art. 20 und 28 GG einerseits und den Grundrechten in Art. 1-19 GG "ein ausgewogenes Kräfteverhältnis zwischen Staat und Gesellschaft", das "eine Harmonisierung der Spannungen zwischen rechtsstaatlich begründeter Machteindämmung und sozialstaatlich bedingter Kompetenzausweitung" ermögliche oder doch zumindest verhindere, "daß dieses ausbalancierte System in der Realität ... durch extreme Verschiebungen in die eine oder andere Richtung zerstört werde" (23).

---

22) So auch: Bull, Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, insbes. S. 369 ff, der als Ergebnis seiner nahezu 400-seitigen Habilitationsschrift keine definitorisch konkrete Beschreibung der öffentlichen Aufgaben geben konnte.

23) So zutreffend: Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 9, unter Hinweis auf: Schambeck, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, S. 30; Klecatsky, Was verlangt der Rechtsstaat heute?, S. 13 ff; Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 526 ff.

Jedenfalls erweisen sich Versuche als untauglich, den Bereich legitimer staatlicher Betätigung durch Kriterien wie "Gemeinnützigkeit" oder "Gemeinwohl" (24) "(besonderes) öffentliches Interesse" (25), "öffentliche Aufgabe" und "staatliche Aufgabe" oder gar "Öffentlichkeit der Funktion" (26) verbindlich abzustecken. "Ganz zu schweigen davon, daß der Terminus 'öffentliche Aufgabe' zu den problematischsten, weil nebulosesten des öffentlichen Rechts überhaupt gehört, da ihm jedes rechtlich

---

24) Zu diesen Begriffen vgl.: Bull, Die Staatsaufgaben, S. 20 ff, 49; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 101 ff, 107 ff; Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, S. 200 ff; Ryfell, Öffentliche Interessen und Gemeinwohl, S. 13 ff; Schnur, Gemeinwohl und öffentliches Interesse, S. 57 ff.

25) Aus dem kaum überschaubaren Schrifttum vgl.: Brohm, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, S. 274 f; Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, m.w.N.; Leisner, DÖV 1970, S. 217 ff; ders., Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, S. 41 ff; ders., Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 22 ff; Lerche, Rundfunkmonopol, S. 88 ff; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 185 ff; Rupp, AöR 92 (1967), 241 f; ders., NJW 1965, S. 995.

26) Zur begrifflichen Verwirrung vgl. etwa: BVerfGE 16, S. 6, 23; 17, S. 232, 239; 17, S. 371, 376; kritisch und differenzierend: Klein, DÖV 1965, S. 757; Rupp, NJW 1965, S. 993 ff; Peters, Öffentliche und staatliche Aufgaben, S. 887 ff; ders., Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, S. 26; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 22; Bettermann, DVBl. 1963, S. 42; Scheuner, Errichtung öffentlicher Körperschaften, S. 817; Schambeck, Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, S. 34.

greifbare Substrat abhanden gekommen ist" (27).

Aus dieser Ohnmacht darf jedoch nicht ein Freibrief des Staates zur grenzenlosen Selbstbestimmung seiner Aufgaben gefolgert werden, indem in verfassungsrechtlicher Ungebundenheit durch Deklaration privater Betätigungsbereiche zu Staatsaufgaben diese aus dem Grundrechtsschutz herausgelöst werden (28). Hier weist Art. 12 GG den Staat in seine Funktionsgrenzen und sichert sie durch Abwehransprüche des Bürgers (29).

---

27) So völlig zurecht: Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, S. 35; vgl. auch: Bull, Die Staatsaufgaben, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; Bethge, Die staatlich gebundenen Berufe, S. 115 ff.

28) So zumindest das traditionelle Verständnis der Rechtsprechung; vgl. beispielsweise: BVerfGE 7, S. 377, 397 f; 11, S. 31, 40; 16, S. 6, 22; 17, S. 371, 376 ff; BVerwGE 2, S. 85, 86; 3, S. 21, 23; 4, S. 250, 254; 6, S. 13, 14; 6, S. 72, 74.
Kritisch, wenn nicht ablehnend dazu: Rupp, AöR 92 (1967), S. 223 f, 240 ff; ders., NJW 1965, S. 993 ff; Hoffmann, DVBl. 1964, S. 462; Herzog, Art. "Berufsfreiheit", in: Ev. Staatslexikon, Sp. 158; Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 95; Thieme, JZ 1961, S. 280; Leisner, AöR 93 (1968), S. 197 ff; Schick, DÖV 1962, S. 933; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 106; Burger, Art. 33 GG, S. 73 ff; vgl. auch die zahlreichen Nachweisungen bei Burmeister, Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis, Fußn. 29.

29) Zum Grundrecht der Berufsfreiheit vgl. statt vieler: Rupp, AöR 92 (1967), S. 212 ff; Scholtissek, Die Berufsfreiheit und der Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 GG, S. 203 ff; Bachof, JZ 1958, S. 468 ff; ders., Freiheit des Berufs, S. 217 ff; Herzog, Art. "Berufsfreiheit", in: Ev. Staatslexikon, Sp. 155 ff; Maunz, in: M-D-H Erl. zu Art. 12; Leisner, Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR 93 (1968), S. 161 ff.

Dabei bleibt für die vorliegende Untersuchung zu fragen, ob mit der Einbeziehung eines beruflichen Tätigkeitsinhalts in ein öffentliches Amt die grundrechtlich geschützte Sphäre völlig verlassen oder nur in eine solche anderer Art und Prägung überführt wird.

Zweitens: Die Frage nach dem Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG setzt nicht die definitorische Inhaltsbeschreibung des "öffentlichen Amtes" im Sinne des Art. 33 II GG als zwingende Vorfrage voraus.

Das Thema "Zugang zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG" erlaubt die Prämissen, daß bestimmte Berufsinhalte Gegenstand eines "öffentlichen Amtes" sind, ohne daß geprüft werden müßte, ob sie das verfassungsrechtlich zulässigerweise sind, und daß jedenfalls die Beamten Inhaber eines "öffentlichen Amtes" sind, so daß Art. 33 II GG auf sie Anwendung findet.

Diese Vordersätze ohne nähere Untersuchung und Begründung zur Grundlage dieser Monographie zu machen, gebietet sich geradezu, weil Gegenstand der Arbeit nicht die Fragen sind, auf welche Berufe Art. 33 II GG Anwendung findet und ob es überhaupt verfassungsmäßig ist, einen bestimmten Tätigkeitsinhalt aus der berufsgrundrechtlichen Freiheitssphäre des Art. 12 GG in den Geltungsbereich des Art. 33 II GG zu überführen, indem diese berufliche Betätigung als "öffentliches Amt" ausgestaltet - der Beruf "veramtet" - wird.

Nicht die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit, sondern Inhalt des Art. 33 II GG und die Rechtsfolgen seiner Anwendung sind Gegenstand dieser Untersuchung.

Zweites Kapitel:

Die Regeln des Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Art. 33 II GG

- Die Auslese der Bewerber nach Leistung -

A. Die historische Grundlage und Bedeutung des Art. 33 II GG

"Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte" (Art. 33 II GG).

Mit der pathetischen Feierlichkeit der Verfassung spricht dieser Satz für alle Deutschen ein Gleichheitsrecht aus, das uns in der heutigen Verfassungswirklichkeit als Selbstverständlichkeit anmutet (1). Noch vor weniger als zwei Jahrhunderten, als die Staatsdienerposten ausschließlich Offizieren vorbehalten waren, war dieser Grundsatz von der umstürzlerischen Kraft, die oberste Idee des Staatsdienertums und sein wohlbehütetes Privileg - die Kastenherrschaft - gegen die Widerstände der Herrschenden nicht nur zu reformieren, sondern gänzlich gegen einen neuen Leitsatz auszutauschen: Nicht die Zugehörigkeit zu einem Stand sollte den Zugang zu den öffentlichen Ämtern öffnen, sondern allein die "Leistung" (2).

---

1) Tietgen, Zugang, S. 325.

2) Vgl. auch: Krüger, Leistungsprinzip, S. 7.

Bereits in Teil 2 Titel 10 § 70 des preußischen ALR von 1794 (3) wurde von dem Bewerber um eine Beamten- oder Offiziersstelle hinlängliche Qualifikation und Proben seiner Geschicklichkeit verlangt (4). Mit der Verankerung des Leistungsprinzips in Art. 5 Satz 3 der preuß. Verfassung von 1850 war der Tod des Feudalsystems besiegelt. Dem ganzen Staatsvolk waren die öffentlichen Ämter indessen erst durch die Verknüpfung des Leistungsprinzips mit dem Gleichheitssatz in Art. 128 I der Weimarer Reichsverfassung zugänglich (5). Damit waren alle leistungsfremden - ständischen und gesellschaftlichen - Motivationen von Verfassungs wegen ausgeschlossen.

Wenn Art. 33 II GG allen Deutschen gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung garantiert, ist von der ehemaligen Kraft dieser Aussage kaum ein Rest zu spüren. Wie anders als die feierliche Proklamation eines Gleichheitsrechts, das längst Verfassungswirklichkeit geworden ist, kann dieser Satz verstanden werden, in einer Zeit, in der die Bildungspolitik die Gleichheit aller auf ihr Banner geschrieben hat.

Dennoch sind, heute wie früher, berechtigte Klagen zu hören, daß persönliche Beziehungen allzu oft mehr wert seien als Leistung. Wo persönlicher oder parteilicher Freundesdienst Söhne und Töchter,

---

3) Die Bestimmung genießt keinen Verfassungsrang, stellt aber die erste Kodifizierung des Leistungsprinzips dar.

4) Teil 2 Titel 10 § 70 prALR von 1794: "Es soll niemand ein Amt übertragen werden, der sich dazu nicht hinlänglich qualifiziert und Proben seiner Geschicklichkeit abgelegt hat".

5) Nilges, BayBZ 1961, S. 145; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 584.

Bekannte und Verwandte im öffentlichen Dienst "unterbringt", obwohl die Leistung ihnen diese Türen nie eröffnet hätte, scheint die Verfassung in Art. 33 II GG kein geltendes Recht niederzuschreiben.

Verständlich, daß weitgehend die Meinung vertreten wird, Art. 33 II GG komme nur geringe praktische Bedeutung zu (6). Die Verletzung des Art. 33 II GG scheint eher ein "Kavaliersdelikt" zu sein, denn ein Rechtsverstoß - und keiner wagt es, den ersten Stein zu heben. Kaum eine Vorschrift des Grundgesetzes hat so wenig Anlaß zu Streitfragen gegeben wie Art. 33 II GG (7).

Der pauschalen Abwertung dieser zentralen beamtenrechtlichen Verfassungsnorm, deren derzeitige Praxis-Relevanz weitgehend in der Wiederholung in den (meisten) Beamtengesetzen (8) bestehe, kann nicht beigetreten werden (9). Denn es entspricht einem Prinzip der Verfassungsinterpretation, verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter in verfassungsrechtlicher Problem-

---

6) Ipsen, Gleichheit, S. 193; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 584; Jess, in: BK Art. 33 Anm. II 3; v. Mangoldt-Klein, S. 805. Vgl. aber: Tietgen, Zugang, S. 325 ff.

7) Burger, Art. 33 GG, S. 123; Tietgen, Zugang, S. 330.

8) § 7 BRRG; §§ 8 I 2, 23 BBG; §§ 9 III, 27, 33 BLV.

9) Vgl. auch Burger, Art. 33 GG, S. 124.

lösung so zu deuten, daß sie an der Verfassungswirklichkeit teilhaben (10).

Sicher wird es heute nicht mehr Aufgabe dieses Deutschenrechts sein, die Kastenschranken des Offiziersstandes niederzureißen.

Bevor daraus vorschnell der Schluß historischer Gegenstandslosigkeit gezogen wird, muß erforscht werden, ob Art. 33 II GG aktuellen Gehalt hat und welcher verfassungsrechtliche Aussagewert ihm für die heutige Zeit zukommt.

---

10) Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts [8], § 2 VII, 3 c bb; Maunz, Deutsches Staatsrecht [20], § 9 II.
So auch für die Kollision zwischen Art. 21 und 33 GG: Stern, Verfassungstreue, S. 33; Isensee, JuS 1973, S. 269.

B. Das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG

I. Die Zugangstrias: Eignung, Befähigung und fachliche Leistung

Wenn der Beamtenartikel in Absatz 2 jedem Deutschen den Zugang zu den öffentlichen Ämtern nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gewährt, öffnet die Verfassung die Positionen des Beamtendienstes grundsätzlich allen Bürgern und reduziert die Vielzahl der möglichen Auswahlkriterien auf die allein zulässigen drei. Bereits der erste Blick erkennt die Grundidee, die von der Trias konkretisiert wird: Der Oberbegriff kann nur heißen - Leistung !

Damit hat ein Prinzip, welches das gesamte Beamtenrecht beherrscht (1) und nach h. A. zu den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums gehört (2), in Art. 33 II GG seine verfassungsmäßige Ausformung gefunden: das Leistungsprinzip (3).

---

1) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 1; OVG Lüneburg, ZBR 1970 S. 385, 386; Schick, Zum Rechtsanspruch der Beamten auf Beschäftigung, S. 377.

2) BVerwG, ZBR 1957, S. 363, 364; E 5, S. 39, 43; E 24, S. 235, 239; OVG Berlin, DVBl. 1960, S. 688, 689; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 1; Fricke, Ämterpatronage, S. 88 (m.w.N.). Krüger (Leistungsprinzip, S. 9) rechnet es "sogar zur verfassungsmäßigen Ordnung iSd Art. 2 und 20" GG.

3) Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 1; Mühl, in: GKÖD § 2 Rn. 21; Ule, DVBl. 1970, S. 643; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 654; BVerwGE 24, S. 235, 239; a. A.: Reinhard, ZBR 1972, S. 2.
Zu Art. 116 BayVerf vgl. auch: BayVerfGH, DÖV 1966, S. 715.

Ursprünglich als Kampfansage gegen die Standesprivilegien der herrschenden Klassen konzipiert (4), gehört die Forderung nach Leistung, nachdem sie ihr historisches Ziel längst erreicht hat, zu den vornehmsten Parolen der derzeitigen Dienstrechtsreform (5). 'Der Abbau traditioneller Autoritäts- und Herrschaftstitel wie Herkunft, Stand, Besitz und dgl. und der Ersatz dieser Privilegien durch das Legitimationskriterium der individuellen Leistung und der durch sie ausgewiesenen Sachkompetenz haben sich als entscheidender Durchbruch zu rationaler und sozialer Gesellschaftsgestaltung erwiesen' (6).

---

4) Leisner, Grundlagen, S. 61.

5) Studienkommissionsbericht, S. 112; Spitzenpolitiker bekennen sich zum Berufsbeamtentum - Für eine Verwirklichung des Leistungsprinzips in: Saarbrücker Zeitung vom 21.2.1975, S. 1; zur Dienstrechtsreform vgl.: Bericht und Gutachten der Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, insbes. die Rechtsgutachten: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, von:Forsthoff, Anlageband V, S. 17 ff; Schick, a.a.O., S. 171 ff, insbes. S. 241 ff; Thieme, a.a.O., S. 301 ff; insbes. S. 380 ff; Ule, a.a.O., S. 441 ff, insbes. S. 494 ff; Mayer, a.a.O., S. 557 ff, insbes. 670 ff; vgl. auch: Luhmann-Mayntz, Personal im öffentlichen Dienst, in: Studienkommission, Anlageband VII.

6) Studienkommissionsbericht, S. 112.

Mit der Überwindung des Geblütsrechts ist die Bedeutung des Leistungsprinzips nicht geschwunden. Es hat nur anderen Mißständen den Kampf angesagt. Nach wie vor ist hier die Schaltstelle zur Eliminierung von Kastenherrschaft, Ämterpatronage und Proporzdenken (7). Nur Eignung, Befähigung und fachliche Leistung dürfen unter der Geltung des Grundgesetzes den Zugang zum öffentlichen Dienst eröffnen (8).

Ein öffentlicher Dienst, der diesen Grundsatz bei der Besetzung seiner Ämter mißachtet, ist nicht in der Lage, allen Staatsbürgern in gleicher Weise allein auf der Grundlage der Verfassung und der Gesetze zu dienen und seine Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen (9).

Von dem Verständnis des Leistungsgrundsatzes hängt es ab, ob er zur Fortentwicklung oder zur systemüberwindenden Vernichtung des Berufsbeamtentums beiträgt (10). Es ist deshalb der Inhalt dieses Prinzips zu bestimmen, um die Regeln für den Zugang zum Beamtenberuf zu konkretisieren.

---

7) Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 19.

8) Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 1; Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 584.

9) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 19; Oppenheimer, ZBR 1971, S. 190.

10) Leisner, Grundlagen, S. 60.

Dabei läßt eine erste grammatikalisch-teleologische Interpretation den Art. 33 II GG als einen Grundsatz der Auslese nach subjektiven Voraussetzungen erscheinen, wenn er nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Staatsbürger den Zugang zu den öffentlichen Ämtern freigibt.

Die Verfassung setzt in Art. 33 II GG nicht nur die Existenz öffentlicher Ämter als gegeben voraus, sondern darüber hinaus ihre Besetzung durch die Bürger unter Beachtung ihrer Gleichheit. Art. 33 II GG regelt allein den Modus der Bewerberauslese (11), da das Grundgesetz die Vergabe öffentlicher Ämter ob der grundrechtlichen Gleichheit aller Staatsbürger nicht dem Zufall überlassen will: In Art. 33 II GG schreibt die Verfassung die Gründe fest, die als sachliche Differenzierungsmaßstäbe eine Durchbrechung der grundsätzlichen Gleichheit legitimieren, nämlich Eignung, Befähigung und fachliche Leistung.

Dabei stellt sich die zentrale Frage, ob der Dienstherr in der Handhabung dieser Auslesemaßstäbe freie Hand hat oder durch grundrechtlichen Individualschutz des Bürgers gebunden ist. Zu ihrer Beantwortung bietet sich die Untersuchung der Durchwirkung des Art. 12 GG als zentrales Berufsfreiheitsrecht auf die Besetzung öffentlicher Ämter an.

Ausgangspunkt ist die seit dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts ständige Rechtsprechung und allgemeine Auffassung, daß Art.

---

11) Vgl. dazu näher: unten II.

12 GG seinem Wesen nach auch für Berufe gelte, die Tätigkeiten zum Inhalt haben, welche der organisierten Gesellschaft, insbesondere dem Staat, vorbehalten seien (12). Diese zunächst sehr freiheitsrechtlich klingende Aussage wird vom Gericht gleich relativiert, indem es auf die nach Art. 33 GG zulässigen Sonderregelungen und die Organisationsgewalt des Staates verweist (13).

Wenn man den dort angedeuteten Maßstab für den Grad zulässiger Sonderregelungen, die Heranführung an den öffentlichen Dienst, auf den Beruf im öffentlichen Dienst anwendet, scheint nur ein sehr beschränkter Freiheitsraum von Art. 12 GG beleuchtet zu werden: die Freiheit, einen solchen Beruf nicht wählen zu müssen (14), m.a.W. die Freiheit, den Beruf des Beamten gerade nicht zu wählen. Damit wäre das Grundrecht der Berufsfreiheit auf die Freiheit der inneren Entschließung reduziert und garantierte nicht mehr Berufsfreiheit, sondern nur noch Gesinnungsfreiheit, da jede Verwirklichung solcher Wahl an der unbeschränkten Autorität des Dienstherrn im Schutze des Art. 33 II GG scheiterte Verständlich bliebe solche Aussage nur als positive Formulierung der negativen Berufswahlfreiheit (15).

---

12) BVerfGE 7, S. 377, 397 f gegen die Rechtsprechung des BVerwG z.B. E 2, S. 85, 86; 3, S. 21, 23; 4, S. 250, 254; 6, S. 13, 14 u.a.

13) a.a.O., S. 398; so auch: BVerfGE 17, S. 374, 380.

14) So ausdrücklich das BVerfG a.a.O.

15) Hierzu: Bachof, Freiheit, S. 186; Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 95.

Dieser Schluß liefe aber der freiheitlichen Grundentscheidung unserer Verfassung zuwider, wie sie sich vor allem in der Entwicklung der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung tendenziell widerspiegelt (16).

Systematisch stellt sich das Grundgesetz als "eine wertgebundene Ordnung, die den Schutz von Freiheit und Menschenwürde als den obersten Zweck allen Rechts erkennt", dar (17). Mit solcher grundgesetzlichen Wertordnung läßt sich eine Auffassung schlechthin nicht vereinbaren, die die Rechtsfigur des besonderen Gewaltverhältnisses als ausreichende Legitimation für Grundrechtsbeschränkungen anerkennt und deshalb auf eine ausdrückliche gesetzliche Regelung verzichtet (18). Daraus resultiert die Forderung, daß Grundrechte nur durch oder aufgrund eines Gesetzes beschränkt werden dürfen und dabei unverzichtbare Generalklauseln möglichst eng begrenzt werden müssen (19).

Dieses Postulat ist die konsequente Weiterentwicklung des in der Stufenlehre des Apothekenurteils gelegten Grundsteins einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung jeder Freiheitsbeschränkung des Bürgers

---

16) Vgl. hierzu die eingehenden Darstellungen bei: Bethge, Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, S. 12 ff; Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, S. 123 ff.

17) BVerfGE 33, S. 1, 10.

18) BVerfGE 33, S. 1, 12.

19) BVerfGE 33, S. 1, 11; vgl. auch: Maunz, in: M-D-H Art. 86 Rn. 17.

zugunsten staatlicher Eingriffs- und Regelungsmacht, ein weiterer Fortschritt im Abbau eines autoritären Verständnisses staatlicher Machtausübung, die sich aus sich selbst heraus legitimiert und keine Grenzwerte kennt, an denen sie gemessen werden könnte.

Diesem modernen freiheitlichen Grundrechtsverständnis, wie es vom Grundgesetz verfaßt ist, entspricht es, daß auch der Zugang zum öffentlichen Dienst möglichst weitgehend rechtlichen Kategorien zu unterwerfen und damit dem kontrollfreien Raum politischen Ermessens zu entziehen ist.

Die freiheitliche Grundentscheidung der Verfassung läßt die hergebrachte Ansicht unhaltbar erscheinen, die den gesamten Entscheidungsbereich des Zugangs zum öffentlichen Dienst unter dem Mantel der staatlichen Organisationsgewalt und Ämterhoheit dem nicht justiziablen Dunkel ungebundener - "politischer" - Ermessensentscheidung zuweist. Damit würde die Aussage des Art. 33 II GG zur Bedeutungslosigkeit abgewertet und das Staatsbürgerrecht auf Teilhabe an der Ausübung staatlicher Macht durch Zugang zum öffentlichen Dienst von vornherein dem individuellen Einfluß im Sinne objektiver Zulassungsvoraussetzungen entzogen.

Art. 33 II GG knüpft für die Auslese der Bewerber um ein öffentliches Amt mit den Merkmalen Eignung, Befähigung und fachliche Leistung an Voraussetzungen an, die in der Person des Bewerbers liegen und grundsätzlich in ihrer Erfüllung seinem Einfluß unterliegen. Damit stellt die Verfassung gerade keine objektiven Zulassungs-

schranken auf - etwa im Sinne staatsorganisatorischer Bedarfsbestimmung (20) -, sondern normiert subjektive Zulassungskriterien, an denen die Kandidaten zur Ermittlung ihrer Platzziffer für den Zugang zu einem öffentlichen Amt zu messen sind (21).

Indem Art. 33 II GG über den Regelungsbereich des Berufsfreiheitsgrundrechts in Art. 12 GG hinaus für die Wahl und Ausübung eines Berufes, der ein öffentliches Amt zum Inhalt hat, das Erfordernis der Leistungsauslese aufstellt und die Gleichbehandlung aller Bewerber postuliert, ist Art. 33 II GG lex specialis zu Art. 12 I GG (22).

In dieser Funktion beschränkt sich die Geltung des Art. 12 I GG als der generellen Verfassungsnorm nicht auf das freiheitsrechtlich ebenso aussagelose wie selbstverständliche - gleichsam fleischlose - Skelett negativer Berufswahlfreiheit für den öffentlichen Dienst. Vielmehr durchdringt die freiheitsrechtliche Grundtendenz der Ver-

---

20) Art. 33 II GG setzt die Existenz des zu besetzenden öffentlichen Amtes voraus. Vgl. dazu oben: 1. Kapitel, IV. Zur "Veramtung" von Berufsinhalten im Verhältnis zu Art. 12 GG vgl.: Bethge, Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, S. 166 ff.

21) BVerwG, NJW 1975, S. 1135, 1138 (für den Aspekt der Verfassungstreue).

22) Das ist in Literatur und Rechtsprechung weitgehend anerkannt: BVerfGE 7, S. 377, 398; Bachof, Freiheit, S. 184; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 637; Maunz, in: M-D-H Art. 12 Rn. 95.

fassung, wie sie in Art. 12 I GG Ausdruck gefunden hat, auch die Spezialregelungen des Art. 33 II GG, indem sie richtungsweisend für die Interpretation der Zugangsmodalitäten ist.

Hieraus folgt, daß auch die Zulassungsbedingungen für den öffentlichen Dienst nicht im freiheitsleeren Raum staatsautoritärer Willkür außerhalb jeder justiziellen Kontrolle angesiedelt werden dürfen. Ihrer Tendenz nach müssen sie am freiheitlichen System des Grundgesetzes ausgerichtet sein. Dem widerspricht es aber im Grundsatz, die Wahl des Staatsbürgers, in den öffentlichen Dienst einzutreten, und das dienstherrliche Entscheidungsverfahren hierüber gänzlich den Einwirkungs- und Kontrollmöglichkeiten des Bewerbers zu entziehen. Der individualgrundrechtliche Gehalt des Art. 33 II GG darf nicht a priori ausgeschlossen sein.

De lege ferenda folgt daraus die Forderung, daß der Gesetzgeber die Zulassungsvoraussetzungen nicht der freien - politischen - Gestaltungsmacht des Dienstherrn überlassen darf. Er wird einen gewissen Mindeststandard an Zulassungsbedingungen normativ festschreiben müssen und insbesondere das Zulassungsverfahren gesetzlich fixierten Regeln unterwerfen müssen (23). Bereits durch das zwingende Erfordernis der Ausschreibung konkreter - überprüfbarer - Bewerbungsvoraussetzungen wäre beispielsweise eine erhebliche Objektivierung und Durchsichtigkeit des Zugangs zum öffentlichen

---

23) Für das besondere Gewaltverhältnis des Strafgefangenen; BVerfGE 33, S. 1, 10 ff.

Dienst und seines Verfahrens zu erreichen (24). Mit der Bekanntgabe der Bewerbungsvoraussetzungen in der Stellenausschreibung unterwürfe sich die Behörde den aufgestellten Voraussetzungen mit der Wirkung der Selbstbindung und der Verpflichtung, jeden Bewerber abzulehnen, der die geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt (25).

Im Lichte dieser interpretatorischen Grobkonturierung der Zugangsmodalitäten, wie sie aus der Durchdringung der Zugangsgleichheit mit dem freiheitlichen Grundgedanken des Art. 12 I GG folgt, sind die Kriterien des Leistungsprinzips nach Art. 33 II GG aus ihrer unbestimmten Rechtsbegrifflichkeit zu lösen und mit Inhalt zu füllen.

1. Eignung

a) Die Eignung als allgemein-menschliche, körperliche und geistige Qualifikation

"Eignung" iSd Art. 33 II GG wird als umfassendes Qualifikationsmerkmal verstanden (1): als Inbegriff der Eigenschaften, die von einem Bewerber verlangt werden (2), damit er körperlich und geistig allge-

---

24) Vgl. die grundlegende Untersuchung: v. Hippel, Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung, 1972.

25) So zutreffend: EuGH, DVBl. 1975, S. 773, 775; v. Hippel, a.a.O. und DVBl. 1972, S. 13.

1) Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 60; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; JöR nF 1, S. 313; BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 422.

2) Wiese, Staatsdienst, S. 217.

mein den Anforderungen des Amtes und der Laufbahn, zu der es gehört, gewachsen (3) und auch zur Begleitung dieses Amtes charakterlich (4) geeignet ist (5). Der Begriff erfaßt also die gesamte Persönlichkeit über rein fachliche Gesichtspunkt hinaus (6).

Ebenso wie die Eignung nach den gesundheitlichen Voraussetzungen

---

3) Vgl. Reinhard, ZBR 1972, S. 1; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; BVerwGE 15, S. 3, 8.

4) Der Entwurf des damaligen Art. 15 enthielt noch das Erfordernis der charakterlichen Eignung (vgl. JöR n.F. 1, S. 311). Daß dieser Aspekt in Art. 33 II GG keine ausdrückliche Erwähnung gefunden hat, beruht allein auf redaktionellen Gründen: Er wurde in der zweiten Lesung im Hauptausschuß des Parlamentarischen Rates wegen seines schlechten Beigeschmacks gestrichen, der dem Begriff aufgrund des Mißbrauchs während der national-sozialistischen Zeit bei Mitgliedern des Parlamentarischen Rates anhaftete (JöR n.F. 1, S. 312 f; v. Mangoldt-Klein, S. 806).

5) Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; Niedermaier, in: GKÖD § 8 Rn. 15; BVerwGE 15, S. 3, 8; BVerfGE 4, S. 294, 297; BVerwGE 11, S. 139, 141; Tietgen, Zugang, S. 334; BVerwG, DVBl. 1963, S. 511, 512; Hess. VGH, ZBR 1969, S. 174, 176; VG Arnsberg, ZBR 1970, S. 265, 266; v. Mangoldt-Klein (Art. 33 Anm. IV, 2 b) differenzieren zwischen Eignung und Befähigung nicht. Dto. Lenz, in: Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2.

6) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; BVerwG, DVBl. 1963, S. 511, 512; NJW 1975, S. 1135, 1137; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 60; BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 422; BVerwGE 15, S. 3, 8; Nilges, BayBZ 1961, S. 146.

fragt, die das Amt an seinen Inhaber stellt (7), fragt sie nach der geistig-charakterlichen Einschätzung des Bewerbers. In Unterscheidung von der fachspezifischen Eignung sind hier die "geistigen Anlagen" im allgemeinen Sinne von Intelligenz und Willensstärke (8), von Charakter und Persönlichkeitswert (9), von Zuverlässigkeit und Arbeitsfreude (10) gemeint. So muß der Beamte die Höflichkeit besitzen, die ein öffentliches Amt im Außenverhältnis - in der Begegnung mit dem Bürger - wie im Innenverhältnis - im Umgang mit Kollegen und Vorgesetzten (Betriebsklima) - erfordert (11).

Desweiteren zählt die "Würdigkeit" zum Spektrum der Eignung (12), nämlich die Pflicht, sich innerhalb und außerhalb des Dienstes der Achtung und dem Vertrauen gerecht zu verhalten, die der Beruf des

---

7) Die körperliche Eignung ist grundsätzlich durch amtsärztliche Untersuchung festzustellen (vgl. Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 15). Das Erfordernis der körperlichen Eignung ist bei Schwerbeschädigten auf das Mindestmaß reduziert (§ 11 BLV). Der Dienstherr ist verpflichtet, die Schwerbeschädigteneigenschaft im Rahmen der Eignungsbeurteilung zu berücksichtigen (vgl. dazu unten VI, 1.).

8) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 15; Schütz, in: Schütz-Ulland, § 7 Rn. 4 (Teil II S. 62).

9) Niedermaier, in: GKÖD § 8 Rn. 15.

10) Wiese, Staatsdienst, S. 218 f.

11) Wiese, Staatsdienst, S. 217; BVerwGE 15, S. 3, 8.

12) Wiese, Staatsdienst, S. 81 und 219.

Beamten erfordert (13). Erwähnt sei nur das Fehlen von erheblichen Vorstrafen (14). Auch das Bekenntnis zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung ist hierher zu rechnen (15).

Nicht zuletzt ist das Lebensalter des Bewerbers zu den Eignungskriterien zu rechnen (16), da es z.B. nicht ohne Bedeutung ist, wielange ein Beamter dem Staat voraussichtlich wird Dienste leisten können (17).

Das Merkmal der Eignung in Art. 33 II GG bezieht sich nicht nur auf die intellektuellen und physischen, sondern ebenso auf die ethischen Voraussetzungen des künftigen Amtswalters; es erfaßt somit die gesamte Person und Persönlichkeit des Bewerbers, soweit nicht

---

13) Vgl. § 36, Satz 3 BRRG; § 54, Satz 3 BBG.

14) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 15; zur Zulässigkeit, getilgte Vorstrafen zu berücksichtigen: BVerwG, DVBl. 1959, S. 775, 776; BVerwGE 12, S. 42, 45.

15) §§ 7 I/2, 9 I/1; 11 II/3; 12 I/2 BBG; §§ 4 I/2, 8 II/3 BRRG; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9, 10; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 3; BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 422; BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1642; vgl. hierzu ausführlich unten e) und g).

16) Wiese, Staatsdienst, S. 219; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 21.

17) Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8 (der diese Frage jedoch fälschlicherweise der "fachlichen Leistung" zuordnet); Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 21.

rein fachspezifische Gesichtspunkte angesprochen sind (18). Daraus folgt, daß es sich um ein Qualifikationsmerkmal handelt, das am wenigsten durch Prüfungen und Zeugnisse objektiviert werden kann: Subjektive Beurteilungen und Eindrücke spielen eine entscheidende Rolle (19). "Äußerer Eindruck, Gewandtheit, Umgangsformen u.a.m.", Umstände, die "nur schwer rational faßbar sind" (20) können Bedeutung erlangen.

Aus diesem umfassenden Qualifikationsspektrum, in dem sich das nur schwer - wenn überhaupt - faßbare Beurteilungsobjekt "Persönlichkeit" niederschlägt, folgt zwangsläufig, daß dieses Merkmal nicht abschließend definiert werden kann, es sei denn durch ebenso dehnbare, unklare und damit auslegungsbedürftige Begriffe (21).

b) Die konkrete Amtsbezogenheit der Eignung

Dieses an sich anstrebenswerte Ziel einer eindeutigen Definition muß schon beim Start unerreichbar bleiben. Allein deshalb, weil das Tatbestandsmerkaml Eignung wegen seines konkreten Bezuges nicht abstraktionsfähig ist.

---

18) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; BVerwG, DVBl. 1963, S. 511, 512; NJW 1975, S. 1135, 1137; Isensee, JuS 1973, S. 270.

19) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19.

20) BGHZ 23, S. 36, 43; Schütz, in: Schütz-Ulland, § 7 Rn. 4 (Teil II S. 62 f).

21) Vgl. die Kritik bei Fricke, Ämterpatronage, S. 96.

Bei näherer Betrachtung erscheint es deshalb als selbstverständlich, daß die Anforderungen an die Geeignetheit des Bewerbers stets an einem konkreten Amt bzw. an einer bestimmten Laufbahn orientiert sein müssen (1). Ein undifferenzierter Bezug auf die Ausübung eines öffentlichen Amtes überhaupt - ohne die angedeutete konkrete Betrachtungsweise - wäre nicht nur unzweckmäßig, sondern sinnlos.

Mit welcher Begründung wollte man vom Amtsgehilfen das gleiche Maß an Fähigkeit verlangen, durch geistige Beweglichkeit in kurzer Zeit selbst komplizierte Sachverhalte zu erfassen und zu entscheiden, wie sie das Amt eines Richters oder höheren Verwaltungsbeamten unabweislich voraussetzt. Ebenso mag es gute Gründe geben, einen Brillenträger für den Einsatz als Lokomotivführer oder Stellwerksmeister als ungeeignet zu erachten, während dieser körperliche Mangel für einen Verwaltungsbeamten unbedeutend ist (2).

Diese beiden Beispiele verdeutlichen bereits ausreichend die Unmöglichkeit einer abstrakten Definition des Begriffes "Eignung" iSd Art. 33 II GG. Die Bezogenheit der Beurteilung auf ein konkretes Amt verlangt eine Breite des Begriffsfeldes, die der Vielfältigkeit der öffentlichen Ämter entspricht. Der Versuch von

---

1) V. Mangoldt-Klein, S. 805 f; BVerfGE 4, S. 294, 297; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; BVerwGE 11, S. 139, 140; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 18; Fricke, Ämterpatronage, S. 103; BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 422.

2) Vgl. Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 18.

Rechtsprechung und Lehre, dieses Merkmal durch einzelne Kriterien inhaltlich zu bestimmen, vermag die volle Bedeutung des Begriffs nicht zu erschöpfen. Die Aufzählung kann nur exemplarisch sein. Art. 33 II GG verlangt keine Schematisierung, er verbietet sie (3).

Ob der Vielschichtigkeit der zu berücksichtigenden Einzelfaktoren und ihrer konkreten Relevanz für das zu besetzende Amt erscheint es deshalb einzig sinnvoll, die "Eignung" nicht durch eine zwangsläufig unvollständige Aufzählung nur wenig bestimmterer Begriffe zu definieren, sondern allein den Regelungsbereich dieses Merkmals abzustecken und die Ausfüllung dem konkreten Einzelfall zu überlassen.

"Eignung" muß demnach als das Kriterium verstanden werden, das im Rahmen des Leistungsprinzips die Beurteilung der allgemein-menschlichen Qualifikation des Bewerbers für das konkret zu besetzende öffentliche Amt eröffnet.

Aus dieser konkreten Amtsbezogenheit der "Eignung" ist die Frage nach der zulässigen Berücksichtigung bestimmter Qualifikationsmerkmale zu stellen.

---

3) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; Jess, in: BK Art. 33 Anm. II 3; BVerfGE 4, S. 294, 297; Baldorf, DVBl. 1952, S. 643.

c) Zulässige und verpönte Eignungskriterien

Art. 33 II GG enthält eine positive Enumeration der für den Zugang zu den öffentlichen Ämtern allein maßgeblichen Gesichtspunkte (1). Daraus folgt, daß andere als die genannten Kriterien grundsätzlich nicht zur Beurteilung der Bewerber herangezogen werden dürfen.

Hier weist die Verfassung selbst für einige besonders wichtige Aspekte unmißverständlich den Weg, indem sie anderenorts eine Negativliste der verpönten Gesichtspunkte aufstellt (2): In Abs. 3 des Art. 33 GG knüpft das Grundgesetz unmittelbar an Abs. 2 an (3); es postuliert die Unabhängigkeit der Zulassung zu den öffentlichen Ämtern (4) von dem religiösen Bekenntnis (5), legt damit den Grund-

---

1) Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 21; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59.

2) Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59.

3) Die Absätze I-III des Art. 33 GG gehören sachlich zusammen; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. A 1.

4) Maunz folgert - zu Recht - aus der unterschiedlichen Begriffsbildung in Abs. 2 und 3 keine rechtserhebliche Differenzierung (in: M-D-H Art. 33 Rn. 29). Soweit die wohl h.M. dennoch einen Unterschied zu erkennen glaubt, ist es an dieser Stelle unerheblich, da auch diese Auffassung davon ausgeht, daß der Begriff der "Zulassung" den des "Zugangs" in sich schließt, Art. 33 III also die Positivliste des Abs. 2 negativ ergänzt (v. Mangoldt-Klein, S. 810; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 2; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 3).

5) Vgl. auch Art. 4 I GG, Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 II WRV; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 4; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 62; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 1; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 257.

satz der religiösen Neutralität (6) des Staates nieder und verbürgt die Chancengleichheit für die Religionsgemeinschaften (7).

Auch Art. 33 I GG ergänzt den Abs. II (4). Indem er jedem Deutschen in jedem Lande die gleichen staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten einräumt, verbietet er landesgesetzliche Vorbehalte für Landesangehörige (8).

Schließlich hat der Verfassungsgeber bereits im allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 GG (hier insbesondere Abs. 2 und 3) die Krite-

---

6) Dieser Grundsatz gilt als ein Kernstück des geltenden Staats-Kirchen-Verhältnisses und ist aus dem Gesamtbild des gegenwärtigen Verhältnisses des Staates gegenüber allen Religionsgemeinschaften und Weltanschauungsvereinigungen zu gewinnen, wie es sich aus einer Zusammenschau der Art. 3 I, III, 4 I, II, 6 II, 7 III1, V, 33 III und 140 GG i.V.m. Art. 136 WRV ergibt (Maunz, in: M-D-H Art. 140 Rn. 43).

7) Maunz, in: M-D-H Art. 140 Rn. 46.

8) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 586; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 21; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Ipsen, Gleichheit, S. 194.
Die Landeszugehörigkeit eines Bewerbers darf auch nicht unter dem Gesichtspunkt der erhöhten Eignung aufgrund der Vertrautheit mit den örtlichen Gepflogenheiten (z.B. Leiter eines Heimatmuseums) berücksichtigt werden: Ule, Öffentlicher Dienst, S. 587; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2; a.A.: Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61 f; BVerwGE 2, S. 151, 153; Ipsen, Gleichheit, S. 194.
Insbesondere muß es ohne Bedeutung sein, ob der Bewerber im eigenen oder einem anderen Bundesland seine Ausbildung absolviert und die Prüfungen abgelegt hat: § 122 BRRG; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 62; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 587; BVerwGE 6, S. 13, 17; a.A.: VGH Karlsruhe, VerwRspr. 3, S. 641, 647; Ipsen, Gleichheit, S. 194.

rien festgelegt, die eine sachliche Differenzierung nicht stützen dürfen (9) (10).

---

9) Es braucht in diesem Zusammenhang nicht die Streitfrage erörtert zu werden, ob in Art. 33 II GG eine Anwendung des Gleichheitssatzes auf die Besetzung der öffentlichen Ämter (so: OVG RhPf, DÖV 1956, S. 640, 641; Jess, in: BK 33 II 1; Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 584), eine Spezialregelung (so: Ipsen, Gleichheit, S. 193), eine Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes (so: Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59; v. Mangoldt-Klein, S. 797; Maunz, Dt. Staatsrecht, S. 320; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256) zu sehen ist oder man ein festes Verhältnis zwischen beiden Vorschriften für bedenklich erachtet, weil eine andersartige Lösung der Probleme des Art. 33 I-III GG denkbar wäre, ohne daß der Gleichheitssatz des Art. 3 GG mitverändert werden müßte (Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 4; zum Verhältnis des Art. 33 III GG zu Art. 3 III GG vgl. auch Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 24 und BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 426).
Unabhängig von der rechtlichen Relation zwischen Art. 33 und 3 GG enthalten beide Vorschriften Differenzierungsgebote und -verbote. Soweit die Normenkomplexe sich nicht überschneiden, sondern gegenseitig ergänzen, ist jedenfalls Art. 3 GG neben Art. 33 GG anzuwenden (Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 4; BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 426). Diese Auffassung wird durch die Verschmelzung von Art. 33 II, III und Art. 3 III GG in den entsprechenden beamtengesetzlichen Vorschriften (vgl. § 8 I 2 BBG; § 7 BRRG) bestätigt. OVG RhPf, DÖV 1956, S. 640, 641; Nawiasky, Grundgedanken, S. 27; VGH BW, NJW 1950, S. 837; Anschütz, WRV, Art. 128 Anm. 1 FN 2; vgl. auch zu Art. 116 BayVerf: BayVerwGH, RiA 1969, S. 176, 178; BayVerfGH, DÖV 1966, S. 715.

10) Niedermaier, in: GKÖD § 8 Rn. 19; v. Mangoldt-Klein, S. 806; Lenz, in: Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. A 1; Jess, in: BK Art. 33 Anm. II 3; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; Krüger, Leistungsprinzip, S. 5.

Die Aufzählung der nicht berücksichtigungsfähigen Aspekte in den genannten Vorschriften ist indessen nicht abschließend (11) (12).

d) Kein absolutes Berücksichtigungsverbot generell verpönter Kriterien

Aus diesem generellen Verbot der Entscheidungserheblichkeit bestimmter Umstände folgt jedoch kein absolutes Berücksichtigungsverbot. Ebenso wie Art. 3 GG nicht die absolute Gleichheit aller fordert, sondern nur die unsachliche Ungleichbehandlung verbietet, läßt die konkrete Amtsbezogenheit der "Eignung" Ausnahmen zu (1). Gerade das Merkmal der Eignung ist das Einfallstor für Gesichtspunkte, deren Berücksichtigung abstrakt betrachtet unzulässig wäre (2).

---

11) Vgl. z.B.: § 8 I 2 BBG "Beziehungen"; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59; Krüger, Leistungsprinzip, S. 6.

12) Ist die Berücksichtigung dieser Eigenschaften bei der Beurteilung eines Bewerbers unzulässig, so kommt darin gleichzeitig das Verbot zum Ausdruck, in Bewerbungs- und Personalbogen solche Umstände zu erfragen. Vgl. auch Nachweise unter e) FN 6).

1) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 2 u. 20; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61; Ipsen, Gleichheit, S. 194; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 111 II c.

2) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 2; Ipsen, Gleichheit, S. 194; Aich, Zugang, S. 63 ff; Tietgen, Zugang, S. 343.

Damit ist der Weg geöffnet, für besondere Aufgaben eine spezielle Eignung zu verlangen. So kann z.B. für das Amt eines Anstalts-, Gefängnis- oder Militärgeistlichen die Zugehörigkeit zu einem bestimmten religiösen Bekenntnis zulässiges Auswahlkriterium sein (3). Das Amt des Leiters einer Frauenhaftanstalt oder eines Kommissars bei der weiblichen Kriminalpolizei verlangt das entsprechende Geschlecht des Bewerbers, da ein Mann für dieses Amt allein aufgrund seines Geschlechts ungeeignet wäre (4).

Das Erfordernis besonderer Eignungsvoraussetzungen muß durch die Anforderungen, die der zu besetzenden Stelle immanent sind, sachlich gerechtfertigt sein (5). Die Sperrwirkung des Art. 33 II GG

---

3) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 20; Schunck, in: Giese-Schunck Art. 33 Anm. II 3; v. Mangoldt-Klein, S. 808 f; BayVerfGH, DÖV 1966, S. 715, 716; Hamann-Lenz, Art. 33 Rn. B 2; Ipsen, Gleichheit, S. 194; Stein, NJW 1950, S. 659; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 4; BVerwGE 17, S. 267, 269 f; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 256, 257; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 62; Heckel, DÖV 1953, S. 595; Baldorf, DVBl. 1952, S. 643; bedenklich jedoch: BVerwGE 19, S. 252, 260.

4) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61 f; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 20.

5) Wiese, Staatsdienst, S. 222; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 2 u. 20; Summer, ZBR 1968, S. 269; Krüger, Leistungsprinzip, S. 5; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256.

greift dort ein, wo seine Umgehung mit sachfremden und sachwidrigen Erwägungen angestrebt wird (6).

Die Gleichbehandlung der Bewerber im Rahmen des Art. 33 II GG ist eine Frage ihrer sachlichen Behandlung, diese wiederum setzt sachgerechte Maßstäbe und Bewertungskriterien voraus (7).

e) Die besondere Problematik der politischen Eignung

Eine besondere Problematik wirft die politische Überzeugung des Bewerbers auf. Hier kollidiert das Verbot, die politische Anschauung des künftigen Amtswalters zu seinem Vor- oder Nachteil zu berücksichtigen (Art. 3 III GG) (1) mit der dem Beamtenstatus immanenten Pflicht zum Eintreten für die freiheitlich demokratische Grundordnung des Grundgesetzes (2).

Da auch das Bekennen zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung eine bestimmte, wenn auch nicht auf eine konkrete Partei bezogene, politische Einstellung intendiert (3), muß die Berücksich-

---

6) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9.

7) Krüger, Leistungsprinzip, S. 5.

1) Vgl. auch § 8 I 2 BBG, § 7 BRRG. Zur Problematik parteipolitischer Ämterpatronage bei einem Regierungswechsel vgl. Eschenburg, Wohin mit den Parteibuchbeamten?, Die Zeit Nr. 44 vom 22.10.1976, S. 16.

2) § 7 I/2 BBG; § 4 I/2 BRRG.

3) So: BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1642; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; a.A.: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 23.

tigung der politischen Anschauung zulässig sein, soweit sie zur Ermittlung der Verfassungstreue erforderlich ist (4) (5).

Entsprechend ist die Frage nach der politischen Anschauung eines Bewerbers in dem Maße zulässig, als sie zur Erforschung der Berufungsvoraussetzung gem. § 7 I/2 BBG, § 4 I 2 BRRG notwendig ist. Eine darüber hinausgehende Befragung des Aspiranten nach seiner Mitgliedschaft in einer politischen Partei ist grundsätzlich ebenso verboten wie die Berücksichtigung derartiger Umstände (6).

---

4) Schick, ZBR 1975, S. 2 f; Ipsen, Gleichheit, S. 194; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 9; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 20; BVerwG, DÖV 1975, S. 421, 422.

5) Vergleiche dazu näher unten: g).

6) Überwiegende Auffassung: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 23; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 10; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 3; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 591; Isensee, JuS 1973, S. 271; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61; v. Mangoldt-Klein, S. 806 f; Ipsen, Gleichheit, S. 195; Jess, in: BK Art. 33 Anm. II 3; Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, S. 58 f; Evers, Beamter und Politik, S. 42 f; v. Münch, ZBR 1960, S. 247; Köttgen, DÖV 1953, S. 326; Arndt, JZ 1956, S. 80; Grabendorff, ZBR 1955, S. 48 f; Windscheid, ZBR 1955, S. 47 f; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Fricke, Probleme der Ämterpatronage, S. 111;
zu eng: Kröger, AöR 88, S. 136; differenzierend: Hartleb, ZBR 1970, S. 180 ff; a.A.: BDH, JZ 1956, S. 94, 95; ZBR 1956, S. 162, 163; ZBR 1954, S. 343, 344; Perwo, ZBR 1956, S. 110, 113; für die Frage nach der Konfessionszugehörigkeit ausdrücklich: Art. 140 GG i.V.m. Art. 136 III 2 WRV.

Zusätzliche Schwierigkeiten bringt in diesem Zusammenhang die Institution des politischen Beamten (7). Er bekleidet "ein Amt, bei dessen Ausübung er in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung stehen muß", und kann bei Divergenzen "jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden" (8).

Seine politische Überzeugung und die Zugehörigkeit zu einer bestimmten politischen Partei ist schon aus dem Selbstverständnis des "politischen Beamten" ein Essentiale für die Berufung in ein entsprechendes Amt. "Es handelt sich um politische Schlüsselstellen für die wirksame Durchführung der politischen Ziele der Regierung. Die Amtsführung in diesen Schlüsselstellen soll die Politik der Regierung nicht nur nicht behindern, sondern aktiv unterstützen" (9).

---

7) Vgl. § 36 BBG; § 31 BRRG.

8) § 31 I 1 BRRG. Die allgemeine Auffassung geht davon aus, daß die rechtliche Möglichkeit, diese Beamten jederzeit in den einstweiligen Ruhestand zu versetzen, aus beamten- und haushaltsrechtlichen Gründen geschaffen wurde, um der Regierung die Gelegenheit zu geben, zur wirkungsvolleren Durchführung ihrer Politik, die entscheidenden Ämter ohne Zeitverlust mit Personen ihres Vertrauens zu besetzen; BVerwGE 19, S. 332, 333; Fehlig, Die Rechtsstellung des Staatssekretärs, S. 111.

9) BVerwGE 19, S. 322, 326; Schick, ZBR 1975, S. 2 FN 7.

Wer wegen seiner von den Ansichten und Zielen der Regierung abweichenden politischen Anschauungen jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden kann, muß sich erst recht bei der Berufung in ein solches Amt die Frage nach seiner politischen Couleur gefallen lassen (10), ansonsten der Dienstherr gezwungen wäre, "die Katze im Sack zu kaufen" (11).

f) Die Grenzen des Einflußbereichs der 'Eignung' - dargestellt an der Institution des politischen Beamten

Die dogmatische Begründung dieses - logisch zwingenden - Ergebnisses stößt auf Schwierigkeiten. Kann eine bestimmte politische Einstellung, soweit sie über das bloße Bekenntnis zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung hinausgeht, noch Kriterium der "Eignung" iSd Art. 33 II GG sein? Würde damit nicht das Begriffsspektrum dieses Merkmals ins Uferlose überdehnt? (1).

Wie bereits eingangs dargelegt, darf eine sinnvolle Interpretation der Tatbestandsmerkmale des Art. 33 II GG die Intention die-

---

10) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 591; Perwo, ZBR 1956, S. 113; Ule, Beamtenrecht, BRRG § 7 Rn. 3; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 23 FN 1 und Art. 33 Rn. 19; Fricke, Probleme der Ämterpatronage, S. 106 f; unentschieden: Arndt, JZ 1956, S. 80 f; Schick, ZBR 1975, S. 2 FN 7.

11) Zu Recht weist Ule (Öffentlicher Dienst, S. 591) darauf hin, daß bei Bewerbern für ein solches Amt die politische Einstellung ohnehin bekannt sein wird.

1) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; zweifelnd: Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61.

ser Verfassungsnorm, nämlich die Kodifizierung des Leistungsprinzips für die Besetzung der öffentlichen Ämter nicht aus dem Auge verlieren. Es ist deshalb nicht tunlich, die Frage, ob die politische Einstellung Element der Eignung sei, isoliert zu untersuchen. Vielmehr muß die Rechtsfigur des politischen Beamten in Relation zum Leistungsprinzip gesehen und die Frage dahin gestellt werden, ob der politische Beamte überhaupt am Leistungsprinzip zu messen ist.

Steht der politische Beamte nicht dem Politiker näher als dem Verwaltungs-(fach-)mann? Seine Entscheidungen gewinnen politische Bedeutung; aufgrund des besonderen politischen Einflusses, den er dienstlich nehmen kann und soll, ragt er aus der Gesamtheit der Beamten heraus (2). Der nach den Merkmalen des Art. 33 II GG leistungsfähigste Bewerber muß nicht in das Amt eines politischen Beamten berufen werden, wenn seine politische Überzeugung nicht 'mit den grundsätzlichen politischen Ansichten und Zielen der Regierung' übereinstimmt, da er aus diesem Grund jederzeit in den einstweiligen Ruhestand versetzt werden könnte.

Ein Beamtentypus, bei dem die - an sich unzulässige (3) - Berücksichtigung der politischen Anschauung eines Bewerbers absoluten Vorrang vor dem in Art. 33 II GG niedergelegten Leistungsgrundsatz hat, kann nicht an Art. 33 II GG gemessen werden; er ist sogar

---

2) OVG Münster, ZBR 1958, S. 143; Thiele, DöD 1961, S. 83; Fischbach, BBG, § 36 Anm. 1; Wacke, AöR 91 (1966), S. 464.

3) Art. 3 III GG; § 7 BRRG; § 8 I 2 BBG.

nach Art. 33 II GG unzulässig, wenn er nicht seine Legitimation an anderer Stelle der Verfassung findet.

Zunächst bietet sich an, die Institution des politischen Beamten als einen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums anzusehen. Art. 33 V GG wäre dann als Ermächtigung an den Gesetzgeber zu verstehen, das Recht des politischen Beamten abweichend von Art. 33 II GG zu regeln (4).

Dogmatisch richtiger erscheint es jedoch, die Legitimationsgrundlage in Art. 20 GG zu suchen, nämlich im Demokratieprinzip.

Die Exekutive unseres demokratischen Rechtsstaates gliedert sich in einerseits die Regierung als politische Spitze, andererseits den Beamtenstab. Erstere findet ihre Legitimation im Demokratieprinzip: Die Regierung repräsentiert die Staatsgewalt, die vom Volk ausgeht und von ihm der in freier Abstimmung festgestellten Mehrheit übertragen wurde. Der Auftrag des Volkes an seine Repräsentanten aktualisiert sich in den politischen Entscheidungen. Diese auszuführen, ist die Aufgabe der Staatsdiener.

Die Verbindung zwischen der Formung politischer Entscheidungen und ihrer Ausführung durch den Beamtenapparat stellt der politische Beamte her. Seine Aufgabe ist es, die reibungslose Umsetzung der Politik in die ausführende Verwaltung zu besorgen (5).

---

4) So: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19.

5) Maunz, in: M-D-H Art. 20 Rn. 30-33; Art. 33 Rn. 73 FN 7.

Organisatorisch befindet er sich damit an der 'Nahtstelle zwischen Politik und Verwaltung'. Im Vordergrund seiner Tätigkeit steht nicht der Gesetzesvollzug, sondern die Vorbereitung von Gesetzen und Plänen (6). Aus dieser Mittlerposition, wie sie das demokratische Prinzip erfordert, legitimiert sich die "Zwittergestalt" des politischen Beamten: einerseits muß er die politischen Anschauungen und Ziele der Regierung teilen, da er diese bei der Umsetzung der Entscheidungen in regierungsfreundlichem Sinn zu vertreten hat; andererseits steht er an der Spitze der Ämterhierarchie, die die Ziele der Regierung in die Praxis umzusetzen hat.

Die Regierung bzw. die einzelnen Minister können die Verantwortung für die getroffenen Maßnahmen gegenüber dem Parlament nur dann tragen, wenn zuverlässig sichergestellt ist, daß die leitenden Beamten und gewisse sonstige qualifizierte Kräfte (Diplomaten, Pressechefs, Verfassungsschutz, Nachrichtendienst usw.) in fortdauernder Übereinstimmung mit den grundsätzlichen Auffassungen und Richtlinien stehen. Insofern bedingen sich geradezu die parlamentarische Demokratie und die Einrichtung der politischen Beamten gegenseitig (7).

---

6) Wacke, AöR 91 (1966), S. 464; Berg, MDR 1973, S. 187, 189; Duppré, Der leitende Beamte, S. 14 u. passim; Juncker, ZBR 1974, S. 207; Schunke, Der politische Beamte, S. 140 ff; Anders, DÖV 1964, S. 109.

7) Wacke, AöR 91 (1966), S. 458; vgl. auch: Schunke, Der politische Beamte, S. 140 ff.

g) Das Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung als Eignungskriterium im Sinne des Art. 33 II GG

Der Bewerber, der als Beamter in den öffentlichen Dienst aufgenommen werden will, muß die Gewähr dafür bieten, daß er jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes (1) eintritt (2).

Diese im Ergebnis nicht ernsthaft zu leugnende Forderung nach Verfassungstreue der Beamten ist unter dem Stichwort "politische

---

1) Das BVerfG bezeichnet die freiheitlich demokratische Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes als eine Ordnung, die unter Ausschluß jeglicher Gewalt- und Willkürherrschaft eine rechtsstaatliche Herrschaftsordnung auf der Grundlage der Selbstbestimmung des Volkes nach dem Willen der jeweiligen Mehrheit unter Freiheit und Gleichheit darstellt. Zu den grundlegenden Prinzipien dieser Ordnung sind zu rechnen: die Achtung vor den im GG konkretisierten Menschenrechten, vor allem vor dem Recht der Persönlichkeit auf Leben und freie Entfaltung, die Volkssouveränität, die Gewaltenteilung, die Verantwortlichkeit der Regierung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Gerichte, das Mehrparteiensystem und die Chancengleichheit für alle politischen Parteien mit dem Recht auf verfassungsmäßige Bildung und Ausübung einer Opposition. Vgl. BVerfGE 2, S. 1, 12; 5, S. 85, 140; OVG Lüneburg, ZBR 1972, S. 12 ff; BayVGH, ZBR 1973, S. 27 ff; BVerwG, DVBl. 1973, S. 812 f; VGH BW, DÖV 1973, S. 423 f; OVG RhPf, DVBl. 1973, S. 816 f.

2) So: § 7 I/2 BBG; § 4 I/2 BRRG und entspr. Regeln der LBG.

Treuepflicht der Beamten", jüngst insbesondere unter dem Schlagwort "Radikalenproblem" in einer unüberschaubaren Fülle wissenschaftlich fundierter oder auch nur politisch engagierter Darstellungen bis zur Erschöpfung aufbereitet worden (3) - neue Gedanken lassen ebenso auf sich warten wie die durchschlagende Argumentation:

---

3) Vgl. den chronologischen Überblick über die Judikatur seit dem PrOVG bis nach dem Radikalenerlaß 1972 bei: Weiß, Die Verfassungstreuepflicht des Beamten im Spiegel der Rechtsprechung, ZBR 1974, S. 81 ff; ferner u.a.: BVerfGE 12, S. 296, 304 f; NJW 1975, S. 1641 ff; BVerwG, NJW 1975, S. 1135, 1139 ff; DÖV 1975, S. 421, 424 f; OVG RhPf, AS 1, S. 23, 37 (weitere Rspr. bei: Arndt, ZBR 1974, S. 121 Fn 8 u. 13); Arndt, DÖV 1973, S. 584 ff; Azzola/Lautner, ZBR 1973, S. 125 ff; dies., ZRP 1973, S. 243 ff; Battis, JZ 1972, S. 384 ff; Berg, MDR 1973, S. 185 ff; Böttcher, BayBZ 1960, S. 82 ff; ders., Die politische Treuepflicht der Beamten, 1967; Borgs-Maciejewskie, Radikale im öffentlichen Dienst, 1973; Bulla, AöR 98 (1973), S. 340 ff; Dicke, ZBR 1973, S. 1 ff; Grewe, Politische Treuepflicht, S. 58 ff; ders., AöR 76 (1950/51), S. 335 f; Hartleb, ZBR 1970, S. 179 ff; Isensee, JuS 1973, S. 265 ff; Jess, in: BK Art. 33 Anm. II 3; Kriele, ZRP 1971, S. 273 ff; Kröger, AöR 88 (1963), S. 121 ff; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 23; Maurer, NJW 1972, S. 601 ff; Menger, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 105 ff; Niedermaier, in: GKÖD K § 7 und K § 8 Rn. 20; Plümer, NJW 1973, S. 4 ff; ders., Kein Amtssessel für Verfassungsfeinde!, S. 639 ff; Rudolph, DVBl. 1967, S. 647 ff; Scheuner, Politische Treuepflicht, S. 84 ff; Schick, NJW 1975, S. 2169; Semler, ZBR 1971, S. 107 ff; Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, S. IX ff; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 63; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 592; ders., Konflikte zwischen Beamtenpflichten und Parteipflichten, S. 93 ff; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 10; Zuck, JuS 1975, S. 695 ff; jüngst Lange, NJW 1976, S. 1809 ff.

Das Problem steht zur rechtspolitischen Entscheidung an (4).

Gerade darum soll und braucht in der vorliegenden Untersuchung nicht die Frage zum wiederholten Male aufgegriffen werden, ob dem Parteienprivileg des Art. 21 II GG in seiner Individual-Schutzfunktion zugunsten der Parteifunktionäre und -mitglieder Priorität gegenüber der Beamtentreue zur Verfassung gebührt oder nicht (5). Dieses Problem ist in extenso diskutiert.

Daneben ist aber das Postulat des Bekenntnisses zur freiheitlich demokratischen Grundordnung hier von besonderem Interesse. Trotz oder gerade wegen der unüberschaubaren Diskussionsbeiträge zu diesem Thema bleibt eine Frage weitgehend mit einer unbegründeten Behauptung beantwortet, nämlich die Frage, ob denn die Pflicht zur Verfassungstreue in gleichem Maße alle Amtsträger treffe (6).

Zu ihrer Beantwortung ist daran anzuknüpfen, daß die Verfassungstreue des Bewerbers ein Element seiner Eignung im Sinne des Art. 33 II GG sein muß (7). Denn nur wenn sie hierunter zu rechnen ist,

---

4) So völlig zu Recht: Weiß, Die Verfassungstreuepflicht des Beamten im Spiegel der Rechtsprechung, ZBR 1974, S. 81.

5) Vgl. dazu erschöpfend die in Fußnote 3 nachgewiesene Literatur und Rechtsprechung.

6) Zur aufgabenbedingten Differenzierung der Treuepflicht: Plümer, Kein Amtssessel für Verfassungsfeinde, S. 642; vgl. auch: Ziegler, Post aus DKP-Hand.

7) Vgl. dazu oben a); ferner: Weiß, ZBR 1974, S. 85; Schick, ZBR 1975, S. 2; ders., NJW 1975, S. 2171; Isensee, JuS 1973, S. 270.

darf sie Kriterium für den Zugang zum öffentlichen Dienst sein (8).

Ausgehend von der Verfassungstreue als Eignungsmerkmal erschließt die konkrete Amtsbezogenheit dieses Zugangskriteriums (9) die unmittelbare Beantwortung der gestellten Frage:
Wie jeder andere Aspekt der Eignungsbeurteilung ist die Gewichtung der Verfassungstreue an den funktionsspezifischen Forderungen des jeweiligen Amtes zu orientieren. Die Relevanz nicht aufklärbarer Zweifel hängt ebenso von den Anforderungen des konkreten Amtes ab wie die Höhe der Ansprüche, die an die Vertrauensgrundlage der Verbeamtung zu stellen sind; hier gibt es keine schematische Gleichheit (10).

Orientiert an der Faustregel, daß der Beamte im dienstlichen wie im außerdienstlichen Bereich die - und auch nur die - besonderen Frei-

---

8) Statt vieler: BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1643; BVerwG, NJW 1975, S. 1135, 1136; Isensee, JuS 1973, S. 270; Arndt, ZBR 1974, S. 123 m.w.N.

9) Vgl. dazu näher: oben b).

10) So zutreffend: OVG Koblenz, AS 9, S. 31; Isensee, JuS 1973, S. 271; Plümer, NJW 1973, S. 9; Saenger, ZBR 1974, S. 133; a.A.: OVG Koblenz, ZBR 1973, S. 338, 343 (ohne Begründung); BVerfG, NJ W 1975, S. 1641, 1644 (ohne Begr.); Lademann, DRiZ 1975, S. 359; Stern, Verfassungstreue, S. 23; Kemper, DÖV 1975, S. 671 (unter Hinweis auf den einheitlichen Status der Beamtenschaft); Eschenburg, Grundsätze und Grenzfälle (der fälschlicherweise annimmt, das Gesetz differenziere nicht); Weiß, ZBR 1975, S. 366 im Gegensatz zu S. 371.

heitsbeschränkungen hinzunehmen hat, die erforderlich sind, um eine sachgerechte Erfüllung der Staatsaufgaben zu gewährleisten (11), wären strengere Anforderungen an die Eignungsqualifikation des Bewerbers, als das zu besetzende Amt sie erfordert, unzulässig.

Ein wesentliches Kriterium für die Bemessung der zu fordernden Verfassungstreue liefern Möglichkeit und Gefährlichkeit eines Amtsmißbrauchs (12). Erinnert sei nur an das oft zitierte Beispiel des Lehrers, bei dem nicht nur die Intensität erzieherischer Einflußnahme, sondern auch die - bisweilen unkritische - Aufnahmebereitschaft der ihm anvertrauten Schüler verstärkt durch den Multiplikationseffekt von Schulklassen strengste Anforderungen an die Gewähr des Eintretens für die freiheitlich demokratische Grundordnung legitimieren (13) (14).

---

11) Saenger, ZBR 1974, S. 132; Isensee, JuS 1973, S. 268.

12) Isensee, JuS 1973, S. 272; Saenger, ZBR 1974, S. 133.

13) Isensee, JuS 1973, S. 272; Arndt, ZBR 1974, S. 124; Saenger, ZBR 1974, S. 133; Weiß, ZBR 1975, S. 371; Plümer, NJW 1973, S. 9.

14) Höchst bedenklich erscheint die Auffassung von Saenger (ZBR 1974, S. 133), der eine Monopolstellung des Staates oder eine Auswahlmöglichkeit des Bürgers als entscheidendes Differenzierungskriterium darstellt und dabei einen DKP-Lehrer für unbedenklich hält, wenn die Eltern zwischen zwei sich weltanschaulich deutlich unterscheidenden Lehrern wählen können, da dann die Eltern berechtigterweise "in ihrem Vertrauen nicht enttäuscht werden" könnten, "wenn der Lehrstoff gleichwertig auch von Pädagogen 'ihrer Couleur' dargeboten wird".

Wie jeder andere Eignungsaspekt - sei es Höflichkeit, Zuverlässigkeit, Charakter, Intelligenz oder körperliche Amtstauglichkeit - ist auch das Kriterium der Verfassungstreue nicht punktuell im Sinne strikter Alternativität eines 'Entweder - Oder' zu sehen, sondern individuell differenzierend, wie es stets in der Gruppe der geeigneten Bewerber besser und weniger gut Geeignete gibt. Darin zeigt sich die verfassungsrechtliche Prägung des Art. 33 II GG als Ausleseprinzip (15).

Daraus versteht sich von selbst, daß die graduelle Differenzierung sämtlicher Aspekte nach ihrer Gewichtigkeit sich nach den Anforderungen des konkreten Amtes auszurichten hat, wobei der Dienstherr kraft seines Organisationsrechts (16) berufen ist, die Gewichtung nach sachgerechten Grundsätzen vorzunehmen (17). Die Auslese des Best-Geeigneten ist das Ergebnis einer wertenden Zusammenschau der unterschiedlichen Kombinationen von Eignungsaspekten bei den anstehenden Bewerbern. Die Kombination der Eignungsgesichtspunkte, die der idealen Zusammensetzung für dieses Amt entspricht oder am nächsten kommt, bei einem Bewerber anzutreffen, ist Ziel der Auslese.

---

15) Schick, ZBR 1975, S. 5; vgl. dazu auch unten II.

16) Vgl. dazu unten: 3. Kapitel, 1. Abschnitt, insbes. I.

17) So zutreffend: Schick, ZBR 1975, S. 5.

Ob letztlich die gesundheitliche Stabilität des Bewerbers, sein höfliches Auftreten oder seine unerschütterliche Treue zur Verfassung den Löwenanteil am Entscheidungspotential hatten, ist allein eine Frage der organisatorischen Anforderungen, die das Amt an seinen Inhaber stellt und die vom Dienstherrn als Einstellungsvoraussetzungen bestimmt sind. Dabei muß man die Relativität jeder menschlichen Qualität vor Augen haben: Es gibt nicht d e n (absolut) G e s u n d e n und d e n K r a n k e n, ebensowenig wie d e n V e r f a s s u n g s t r e u e n und d e n V e r f a s s u n g s f e i n d.

Jede Beurteilung einer Eigenschaft eines Menschen setzt voraus, daß die Erkenntnisse auf der Skala des gesamten Bewertungsspektrums von sehr negativ bis sehr positiv punktuell fixiert werden; erst die Analyse der Zuordnung zu einer bestimmten Seite der Skala führt zu dem endgültigen Werturteil. Den Trennungsstrich, der die Skala in positiv und negativ teilt, zieht der Dienstherr nach sachgerechten Grundsätzen der organisatorischen Amtserfordernisse. Erst danach entscheidet sich, ob der Bewerber für das Amt 'zu krank' oder 'noch ausreichend gesund' ist, ob beispielhaft die Korrektur seiner Sehschärfe mittels Brille unschädlich ist oder nicht.

Gleiches gilt für die Verfassungstreue: Die Frage, ob eine frühere Teilnahme an einer Demonstration radikaler Studenten oder die Mitgliedschaft in der DKP zur Ablehnung des Bewerbers führen darf oder nicht, diese Frage abstrakt und generell entscheiden zu wollen,

kann keine sachgerechte Antwort finden (18).

Eine andere Beurteilung fordert auch nicht das häufig vorgebrachte Argument, eine graduell, differenzierende Beurteilung der Verfassungstreue nach den Anforderungen des konkreten Amtes scheitere an der Versetzbarkeit der Beamten.

Ein Blick auf die leichter vorstellbare und weniger emotional überlagerte körperliche Eignung oder die fachliche Befähigung enthebt die Vorstellung von der generellen Versetzbarkeit der Beamten jeder Realität: nur gesundheitlich begnadete Bürger könnten Beamte werden, die eine all-round-Ausbildung im Sinne des legendären 'studium generale' genossen haben.

Aus dieser Überspitzung wird deutlich, daß die eignungsmäßigen Voraussetzungen einer Versetzbarkeit sich nur auf eine eng begrenzte Ämtersparte beziehen können. Sollte ein Beamter durch laufbahnmäßigen Aufstieg zu Ämtern heranstehen, die ein Maß an Verfassungstreue von ihrem Inhaber verlangen, das dem Bewerber nicht eigen ist, kann er nicht befördert werden, da er dann die für das zu besetzende (Beförderungs-)Amt geforderte Eignung nicht aufweist.

---

18) Isensee, JuS 1973, S. 272; vgl. auch aus der Presse, z.B.: Ziegler, Post aus DKP-Hand, Die Zeit vom 17.9.1976.

2. Befähigung

a) Die Befähigung als fachlich-technische Qualifikation

Während die Eignung die allgemein-menschliche Qualifikation des Bewerbers erfaßt, stellt das Merkmal der Befähigung die fachlich-technische Seite in den Vordergrund (1). Es ist damit noch spezieller auf den Tätigkeitsbereich des zu besetzenden Amtes bezogen (2).

Der Bewerber ist für das in Aussicht genommene Amt "befähigt", wenn er das handwerkliche Rüstzeug (3) mitbringt, das ihm eine sachgerechte Erfüllung seiner Aufgaben ermöglicht. In erster Linie handelt es sich hier um das erlernbare berufliche Können, das durch Ableisten der jeweils vorgeschriebenen Ausbildung erworben und durch Ablegung daran anschließender Prüfungen nachgewiesen wird (4); z.B. abgeschlossene Schulausbildung, Reifeprüfung, Studium, Vorbereitungsdienst, Staatsexamina u.ä.

Die Befähigung eines Bewerbers für ein öffentliches Amt ist folglich danach zu beurteilen, welche Ausbildungen er durchlaufen und

---

1) Wiese, Der Staatsdienst, S. 222; a.A.: Thieme, Öffentlicher Dienst S. 60 ("Befähigung ist die menschliche Befähigung, d.h. die angeborenen und ausgebildeten Eigenschaften".).

2) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19.

3) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 16; Wiese, Der Staatsdienst, S. 222.

4) Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; Schütz, in: Schütz-Ulland § 7 Rn. 5 (Teil II, S. 63).

mit welchem Erfolg er sie abgeschlossen hat (5).

Wenn Art. 33 II GG neben der Eignung die Befähigung als Element des Leistungsprinzips postuliert, muß aus dem gleichberechtigten Nebeneinander der Auswahlkriterien die Folgerung gezogen werden, daß der Bewerber als Mensch wie als Fachmann den Anforderungen des öffentlichen Amtes gewachsen sein muß (6).

b) Prüfungen und Zeugnisse als Befähigungsnachweise

Seine Qualifikation als Fachmann hat er durch Nachweis der absolvierten Ausbildung und Vorlage der Zeugnisse darzutun. Gerade die Beurkundung von Prüfungsleistungen garantiert in gewissem Umfang eine Objektivierung der Beurteilung, nicht zuletzt deshalb, weil die Prüfungen regelmäßig von einer Stelle abgenommen werden, die nicht mit der Einstellungsbehörde identisch ist. Damit ist ein

---

5) Krüger, Leistungsprinzip, S. 9; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 16; Reinhard, ZBR 1972, S. 1; Schick, ZBR 1975, S. 2; a.A.: v. Mangoldt-Klein, S. 806 ("fachliche Leistung").

6) Mit diesem Nebeneinander der allgemein-menschlichen ("Eignung") und fachlichen ("Befähigung") Beurteilung des Bewerbers ist die teilweise befürchtete Gefahr einer einseitigen Überbewertung der fachlich-technischen Anforderungen (Wiese, Der Staatsdienst, S. 223 f) ausgeräumt. Einer auch in charakterlicher Hinsicht verstandenen "Befähigung" bedarf es nicht (so aber: BVerwGE 11, S. 139, 141; v. Mangoldt-Klein, S. 806; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2); sie ist vielmehr abzulehnen, um eine Verwässerung der Begriffsinhalte beider Merkmale zu vermeiden. Vgl. auch die Kritik Frickes an der Überbetonung der charakterlichen Eignung (Ämterpatronage, S. 98).

weiterer Schritt zur Verwirklichung der Chancengleichheit aller Bewerber getan (1).

Aus dieser Überlegung resultiert die Forderung nach unabhängigen Prüfungsausschüssen zur Sicherung des Leistungsprinzips (2). Die Entscheidung über die fachliche Qualifikation soll Stellen übertragen sein, die nach ihrer Zusammensetzung ein sachliches Urteil gewährleisten (3).

Beim Laufbahnbewerber bedarf die für die Laufbahn vorgeschriebene oder übliche Vorbildung keines Beweises (4). Hier ist die erforderliche Vorbildung und Ausbildung gesetzlich vorgeschrieben und damit schematisiert (5). Eine Beurteilung der Befähigung beschränkt sich

---

1) BVerwGE 12, S. 359, 362 f; 14, S. 31, 34 f; 16, S. 150, 151 ff.

2) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 587; Mühl, in: GKÖD K § 2 Rn. 21.

3) Ule hält die Forderung nach unabhängigen Prüfungsausschüssen unter Hinweis auf §§ 16 I, 61 BRRG, §§ 21, 2, 95 ff BBG für einen mit dem Leistungsprinzip anerkannten hergebrachten Grundsatz (Öffentlicher Dienst, S. 587).

4) Krüger, Leistungsprinzip, S. 10; Wiese, Der Staatsdienst, S. 224.

5) Wiese, Der Staatsdienst, S. 223 f; es ist Wiese zuzugeben, daß das "handwerkliche Rüstzeug nur eine, wenn auch wesentliche Voraussetzung" ist, "Laufbahnvorschriften nur ein Mittel (sind), um eine gewisse Gewähr dafür zu erhalten, daß der Bewerber für ein staatliches Amt imstande ist, die von ihm erwartete Leistung zu erfüllen". Wenn er aber die "Fähigkeit, Menschen zu regieren", als notwendige Ergänzung der "Befähigung" iSd Art. 33 II GG fordert, so beschwört er damit ein Verschwimmen der Grenzen zwischen den einzelnen Leistungskomponenten herauf, das durch nichts gerechtfertigt ist. Mögen die pädagogischen Fähigkeiten des Lehrers

auf die Qualität der erbrachten Leistungen, wie sie in den Prüfungsnoten ihren Niederschlag gefunden hat.

c) Die besondere Bedeutung der Befähigung beim anderen Bewerber

Besondere Bedeutung erlangt das Erfordernis der Befähigung beim anderen Bewerber (§ 7 I/3 b BBG, § 16 BRRG).

Der andere Bewerber hat nachzuweisen, daß er die erforderliche Befähigung durch Lebens- und Berufserfahrung innerhalb oder außerhalb des öffentlichen Dienstes erworben hat (so: § 7 I/3 b BBG). Dieser Verpflichtung zum Nachweis der Befähigung korrespondiert die Pflicht der Einstellungsbehörde zu prüfen, ob die erlangte Befähigung der erforderlichen gerecht wird. Damit ist dem Leistungsprinzip Genüge getan.

Die Zulassung des "Außenseiters" bedeutet keinen Verstoß gegen das Leistungsprinzip. Sie ist nur eine Ausnahme von den Beweisregeln

---

Bestandteil seiner (speziellen) "Befähigung" sein. Die allgemeine Kunst, Menschen zu führen, ist kein Element der (fachlichen) Befähigung für ein bestimmtes Amt, insbesondere eines Vorgesetzten, sondern der (allgemeinen menschlichen) "Eignung" für dieses Amt. - Die unreflektierte Vermengung beider Kriterien wird deutlich bei dem Zitat Erich Kaufmanns, wo diese Forderung der Eignung zugeschrieben wird (a.a.O., S. 824).

des Laufbahnrechts, die im allgemeinen zur Ermittlung der fachlichen Qualifikation dienen (1).

Da die Laufbahnvorschriften nicht Selbstzweck, sondern nur ein Mittel zur optimalen und gleichmäßigen Verwirklichung des Leistungsgedankens sind (2), räumen sie als genereller Befähigungsnachweis dem speziellen Einzelfallnachweis das Feld: das Laufbahnprinzip schafft kein Monopol des Befähigungsnachweises (3), es ist kein denknotwendiges Element des Leistungsgrundsatzes.

Mag auch im Laufbahnprinzip eine gewisse Außenseiterfeindlichkeit zum Ausdruck kommen, so wird diese durch den Vorzug einer gleichmäßigeren Beurteilung gerechtfertigt. Eine echte Kollision mit dem Leistungsgrundsatz ist darin nicht zu sehen (4).

---

1) Krüger, Leistungsprinzip, S. 10; Becker, ZBR 1972, S. 70; zum "anderen Bewerber" vgl.: Anders, DÖV 1953, S. 453 f; Baring, DVBl. 1953, S. 455 f; Fischbach, DÖV 1952, S. 194 f und S. 645; Grabendorff, DÖV 1953, S. 722 f; Köttgen, DÖV 1953, S. 324.

2) Wiese, Der Staatsdienst, S. 224 f; Ule, DVBl. 1970, S. 642.

3) Wiese, Der Staatsdienst, S. 224.

4) A.A.: Reinhard, ZBR 1972, S. 2; Fricke, Ämterpatronage, S. 98.

3. Fachliche Leistung

Die Feststellung der fachlichen Leistung ist regelmäßig erst möglich, wenn der Beamte bereits in dem Aufgabengebiet gearbeitet hat, dem das angestrebte Amt laufbahnmäßig zugehört (1).

a) Die fachliche Leistung als Beurteilungsmaßstab für Beförderungen

Da der Leistungsgrundsatz des Art. 33 II GG nicht nur für die erstmalige Einstellung, sondern auch für Beförderungen Geltung beansprucht (2), knüpft dieses Merkmal nicht an theoretische Kenntnisse an, sondern macht die praktische Bewährung eines Bewerbers für seine Beurteilung nutzbar (3). Da es Bewährung im öffentlichen Dienst voraussetzt (4), kann es bei der Einstellung keine Berücksichtigung finden. Es ist vielmehr auf den Aufstieg in der Ämterhierarchie zugeschnitten und trägt damit den Leistungsgrundsatz in den gesamten Beamtenstaat (5).

---

1) Schütz, in: Schütz-Ulland, § 7 Rn. 6 (Teil II, S. 63); Fricke, Ämterpatronage, S. 95 f; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; Reinhard, ZBR 1972, S. 1.

2) Vgl. auch: § 23 BBG, § 1 BLV; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 61; OVG Berlin, E 6, S. 105, 107; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 18; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 7; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 14; Mühl, in: GKÖD K § 2 Rn. 21; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 71; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 1.

3) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 17 (widersprüchlich zu Rn. 16 a.E.); Güßregen, NDBZ 1970, S. 113.

4) Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 60; v. Mangoldt-Klein, S. 806; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 17.

5) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588.

Durch das Kriterium der fachlichen Leistung in Art. 33 II GG ist von Verfassungs wegen sichergestellt, daß nicht nur beim Zugang zum öffentlichen Dienst überhaupt, sondern auch zu jedem Beförderungsamt der Leistungsgrundsatz seine Beachtung erlangt. Nicht nur sollen die leistungsstärksten Bewerber für den öffentlichen Dienst herangezogen werden, die Leistungskraft soll auch erhalten bleiben, indem sie stets gefordert wird (6).

Damit überschreitet das Merkmal der fachlichen Leistung die Grenzen der vorliegenden Untersuchung. Mit der Zielsetzung, nicht allein den Eintritt in den Beamtendienst, sondern auch den Aufstieg in der Ämterhierarchie der Leistungsauslese zu unterwerfen, ist der Regelungsbereich des Art. 33 II GG nicht auf den Zugang zum öffentlichen Dienst beschränkt. Art. 33 II GG erfaßt nicht nur Ämter auch außerhalb des öffentlichen Dienstes, sondern auch im öffentlichen Dienst nicht nur die Eingangsämter.

Da der Staat seinen Bürgern gegenüber zur Gleichbehandlung aller verpflichtet ist und in der Not der Auswahl nur sachgerechte Kriterien, so die Leistungsauslese, heranziehen darf, würde dieses Verfassungspostulat nur sehr unvollkommen verwirklicht, wenn nur der Erstbewerber das Gleichheitsrecht des Art. 33 II GG genießen sollte, für den Aufstieg in ein höheres Amt aber der Willkür des Dienstherrn preisgegeben wäre. Art. 33 II GG erfüllt diese Forderung durch das Merkmal der fachlichen Leistung.

---

6) Leisner, Grundlagen, S. 63; BVerwGE 11, S. 139, 141.

Wegen des themaübergreifenden Charakters dieses Kriteriums kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit die Behandlung auf einen summarischen Ausblick beschränkt bleiben.

b) Aktuelle Leistung durch das Erfordernis der Beförderungsleistung

Wenn mit den Kriterien der Eignung und Befähigung die Leistungsanlagen des Bewerbers getestet werden, so geschieht das in der Erwartung, daß der Beamte - einmal eingestellt und in der Praxis tätig - diese Anlagen ausbauen und Neues hinzulernen werde. Den Umfang zu ermitteln, in dem der Amtsinhaber sein Anfangskapital vermehrt hat, ist die inhaltliche Bestimmung des Merkmals der fachlichen Leistung (1).

Dabei werden die übrigen Merkmale insoweit überlagert, als die fachliche Leistung bei der Beurteilung der Bewährung ex nunc naturgemäß Eignungs- und Befähigungsgesichtspunkte in sich aufsaugt (2). Das führt zu der Konsequenz, daß sich niemand bei unzureichen-

---

1) Hierbei kommt der dienstlichen Beurteilung vornehmliche Bedeutung zu. Vgl. Fricke, Ämterpatronage, S. 113 ff m.w.N.; Oppenheimer, ZBR 1971, S. 193.

2) Diese Interpretation der "fachlichen Leistung" entspricht dem 'Gesetz der abnehmenden Prüfungsbedeutung'. Während bei der Übernahme in das Beamtenverhältnis und in den ersten Jahren nach der Einstellung den Prüfungsleistungen ein hohes Prioritätsgewicht zukommt, verlagert sich dieser Vorrang mit jedem Jahr zugunsten

der dienstlicher Leistung auf seine mit gutem Erfolg abgelegten Laufbahnprüfungen berufen kann, um in der Beamtenlaufbahn vorwärtzukommen (3). Das ist gerechtfertigt, weil der Leistungsgrundsatz nach aktueller Verwirklichung verlangt.

Die Beurteilung, die bei der Einstellung getroffen wurde, darf dem Beamten bei einer Beförderung weder eine Vorzugsstellung einräumen, noch ihn mit einem lebenslänglichen Nachteil behaften. Durch die Differenzierung der Auslesemerkmale nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung und der Trennung zwischen Einstellungsleistung und Beförderungsleistung (4), eröffnet Art. 33 II GG die Chance, andere in der Karriere zu überrunden oder überrundet zu werden.

---

der Bewährung im Dienst (Leisner, Grundlagen, S. 67). Vgl. auch Güßregen, NDBZ 1970, S. 113; Neeße, Leistungsprinzip, S. 72; Oppenheimer, ZBR 1971, S. 191.

3) Fees, ZBR, 1967, S. 203.

4) Diese Differenzierung entspricht der in der Literatur vorgeschlagenen Unterscheidung zwischen allgemeinem (den Zugang zum Berufsbeamtentum überhaupt betreffenden) und besonderem (den Aufstieg des Beamten in der Ämterhierarchie betreffenden) Leistungsgrundsatz; vgl. BVerwGE, 5, S. 39, 43; 11, S. 139, 141; BVerwG, ZBR 1957, S. 363, 365; Art. 132 GG u. hierzu BVerfGE 4, S. 294, 297; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588; Leisner, Grundlagen, S. 62; Fees, ZBR 1967, S. 203; Nilges, BayBZ 1961, S. 147; a.A.: Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 18.

Art. 33 II GG postuliert einen an aktueller Leistung orientierten Leistungsgrundsatz.

II. Die verfassungsrechtliche Konzeption des Leistungsgrundsatzes als Auslesеprinzip

Die Verfassung gewährt in Art. 33 II GG jedem Deutschen das Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Indem sie damit die Kriterien festschreibt, nach denen die Bewerber um ein öffentliches Amt zu beurteilen sind, und gleichzeitig alle anderen Aspekte grundsätzlich für verfassungswidrig erklärt, konzipiert sie das Leistungsprinzip als den einzig zulässigen Auslesegrundsatz (1).

Wenn Abs. II des Beamtenartikels den Zugang "nach" Leistung gewährt, so geht er von der logischen Prämisse aus, daß für die Besetzung eines öffentlichen Amtes mehrere Bewerber zur Verfügung stehen (2),

---

1) Tietgen, Zugang, S. 330; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 584; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 14; Gscheidle, Vereinbarkeit, S. 5; BVerfGE 11, S. 203, 215; BVerwGE 24, S. 235, 239; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 12 u. 23; OVG Berlin, DVBl. 1960, S. 688, 689; Grewe, 39. DJT., S. D 19; Segger, ZBR 1973, S. 168; a.A.: Reinhard, ZBR 1972, S. 1.

2) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 14.

von denen nur einer zum Zuge kommen kann. Art. 33 II GG setzt also eine Auswahlsituation voraus und bestimmt als Auslesemodus die Klassifizierung der Bewerber nach ihrer Leistung. Demjenigen Aspiranten, der nach Eignung und Befähigung bzw. fachlicher Leistung den Anforderungen der zu übertragenden Stelle am besten gerecht wird, soll das Amt übertragen werden (3).

Die Personalpolitik des öffentlichen Dienstes muß sich an der Leistung orientieren; jede Personalentscheidung muß das Spiegelbild der Leistungsbewertung sein. Leistungsfremde Umstände sind für den öffentlichen Dienst sachfremd und damit verfassungswidrig.

III. Die Dynamik des Leistungsprinzips: Belohnungsgrundsatz oder Schätzungsgrundlage

Oben wurde der Inhalt der Beurteilungskriterien beschrieben, indem der Trias des Art. 33 II GG einzelne Regelungsbereiche zugewiesen wurden. Zur Konkretisierung des Leistungsprinzips ist es jedoch des weiteren erforderlich, die Blickrichtung festzulegen, an der sich die Leistungsbeurteilung zu orientieren hat, um dann eine dem Art. 33 II GG entsprechende Auslese zu treffen.

---

3) BVerwGE 5, S. 39, 44; 11, S. 139, 140 f; 24, S. 235, 239; BVerwG, ZBR 1956, S. 265; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 14; Jess, in: BK, Art. 33 Anm. II 3; unklar: BVerwGE 15, S. 3, 9.

1. Aspekte der Leistungsbeurteilung

Bewirbt sich ein Bürger um eine Beamtenposition, so muß seine Leistung nach Art. 33 II GG festgestellt werden. Geht es um die Frage nach der grundsätzlichen Befähigung des Bewerbers, ist die Entscheidung solange unproblematisch, als die Beamtengesetze bestimmte Voraussetzungen zwingend vorschreiben, die der Bewerber erfüllen muß. So kommt für eine Einstellung als Studienassessor eben nur in Betracht, wer die große Staatsprüfung in den geforderten Fächern bestanden hat.

Stehen aber mehrere Bewerber zur Wahl, die sämtliche diese Grundvoraussetzungen erfüllen, wird das Problem der Leistungsbewertung heikel: Muß die Einstellungsbehörde den Bewerber mit der besten Examensnote einstellen? Oder darf Sie ihn übergehen, weil er nach ihrer - begründeten - Anschauung zwar hervorragende theoretische Kenntnisse vorweisen kann, für die tägliche Schulpraxis aber ungeeignet erscheint, da er sein Wissen nicht für Schüler verständlich weitergeben kann?

Allgemeiner gesagt: Ist Leistung - wie Art. 33 II GG sie meint - aktuelle oder potentielle, ist sie erbrachte oder erwartete?

Oder ist der Grad der Leistung zu bemessen nach der Leistungsfähigkeit? Oder nach der Leistungswilligkeit?

Ist die Leistung des Bewerbers retrospektiv-analytisch oder prospektiv-hypothetisch zu bestimmen?

2. Die Leistungsbewertung nach Art. 33 II GG

Der Bewerber um Aufnahme in ein Beamtenverhältnis ist für die Ausstellungsbehörde ein "unbeschriebenes Blatt". Ob er für das zu besetzende Amt geeignet sein wird, wird der Dienstherr erst beurteilen können, wenn der Anwärter einige Zeit in seinem Amt gearbeitet und sich bewährt hat.

Dann ist es jedoch für eine Leistungsauslese nach Art. 33 II GG zu spät. Auch das Probeverhältnis, in das der Beamtenbewerber bei seiner ersten Ernennung regelmäßig übernommen wird, kann hier nur einen Notausgang offenhalten: Denn bei der Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit vollzieht sich keine echte (positive) Leistungsauslese mehr im Sinne des Art. 33 II GG. Da nicht aus mehreren Probebeamten der geeignetste zur Ernennung auf Lebenszeit auszuwählen ist, sondern vielmehr grundsätzlich jeder Probebeamte in das Lebenszeitbeamtenverhältnis zu übernehmen ist, sofern er sich nicht durch mangelhafte Leistungen als ungeeignet erwiesen hat, erlauben die Beamtengesetze insoweit nur eine Negativ-Auslese (1).

Die Auswahl eines Bewerbers für ein öffentliches Amt erfolgt also stets zu einem Zeitpunkt, in dem die amtsspezifische Bewährung des Anwärters noch nicht vorliegt und daher auch nicht in die Beurteilung seiner Leistung einfließen kann.

---

1) So die einschlägigen Regelungen in den Beamtengesetzen; §§ 5 I/2, 9 BBG; §§ 3 I/3, 6 BRRG.

Dennoch kann die Leistung, wie sie Art. 33 II GG meint, sinnvoll nur erwartete, zu erbringende Leistung sein, nicht erbrachte Leistung. Die öffentlichen Ämter werden nicht als Pfründe für die Leistungen hingegeben, die der Bewerber in der Vergangenheit erbracht hat. Leistung ist für die Besetzung eines öffentlichen Amtes wertlos, wenn sie nicht die Erwartung hegt, daß der Bewerber die Aufgaben des zu übertragenden Amtes würde erfüllen können (2).

3. Die Leistungsbeurteilung als Prognose

Zugang zu einem öffentlichen Amt nach Leistung ist damit zukunftsorientiert.

Da diese Beurteilung der künftigen Leistung rein hypothetischer Natur ist, das Leistungsprinzip jedoch keine astrologische Prognose duldet, sondern sachliche Auslesegrundlagen fordert (1), muß jede Beurteilung darauf zurückgreifen, was der Aspirant bisher geleistet hat. Vor allem vor-, außerdienstliche und Prüfungsleistungen beim Eintritt in den öffentlichen Dienst - im Dienst gezeigte Leistungen beim Aufstieg in ein höheres Amt (2) -, sind Indiz und Schätzungsgrundlage für die Leistung, die von dem Beamten in dem zu besetzenden Amt erwartet werden (3).

---

2) Schweiger, JZ 1974, S. 750; Schick, ZBR 1975, S. 2.

1) So - wenn auch in anderem Zusammenhang: Leisner, Grundlage, S. 68.

2) Leisner, Grundlagen, S. 67.

3) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1643; Leisner, Grundlagen, S. 66.

4. Die Leistungsbeurteilung als Belohnung

In der Prognose künftiger Leistung erschöpft sich das Leistungsprinzip jedoch nicht. Da es die Auswahl des hypothetisch Leistungsfähigsten anhand der - indiziellen - bisherigen Leistung vorschreibt, belohnt es gleichzeitig die erbrachte Leistung (1).

Diese Sekundär-Funktion des Leistungsgrundsatzes als Belohnungsprinzip sieht den Menschen, der sich in seiner Leistung verwirklicht. Stellte die Leistungsbewertung allein auf die Hypothese künftiger Leistung ab und berücksichtigte die gezeigte Leistung bloß als Schätzungsgrundlage, so wäre Art. 33 II GG als ausschließliche Staatsorganisationsnorm aufzufassen. Die Auslese des Besten aufgrund seiner bisherigen Leistung schiebt jedoch den Beamten und seine Leistung in den Vordergrund und erkennt ihn an, indem sie seine Leistung honoriert.

---

1) Leisner, Grundlagen, S. 66; Summer, ZBR 1968, S. 271; Pillat, ZBR 1970, S. 175.

IV. Der Ämterzugang nach Leistung:

Individualrecht oder Organisationsprinzip

Das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG ist Auslesegrundsatz und schreibt die Qualifikationsmerkmale vor, nach denen die Auslese unter den Bewerbern für ein öffentliches Amt vorzunehmen ist.

Damit erhebt sich die Frage nach der Zielsetzung dieses Verfassungsgrundsatzes: Will Art. 33 II GG in erster Linie das Berufsbeamtentum als Organisation favorisieren oder den einzelnen Beamten unter seinen Schutz stellen?

1. Distinktionen des Leistungsgrundsatzes in der Literatur

Gerade in diesem Punkt hat die Diskussion mehr Unklarheiten als Klärung hervorgebracht: Viele reden vom Leistungsprinzip und erheben es zum entscheidenden Zugpferd ihrer Reformvorschläge - nur wenige unterziehen sich jedoch der Mühe, dieses vielgebrauchte Schlagwort mit Inhalt zu füllen, ihr Verständnis des Leistungsgrundsatzes den Erörterungen darüber voranzustellen und damit zu ihrer Grundlage zu machen (1).

Neben dem bereits oben dargestellten Begriffspaar "allgemeiner"

---

1) Vgl. auch Reinhard, ZBR 1972, S. 1; falscher Ausgangspunkt auch bei Fricke, Probleme der Ämterpatronage, S. 100 ff m.w.N.

und "besonderer" Leistungsgrundsatz (die erstmalige Zulassung zum öffentlichen Dienst und den Aufstieg in der Ämterordnung betreffend) (2) kann eine zweite Distinktion als gesichert gelten: "laufbahnrechtlicher" (auf Beförderungen bezogener) und "besoldungsrechtlicher" (amtsgemäße Bezahlung, Stellenplan nach Dienstpostenbewertung) Leistungsgrundsatz (3).

Beide Unterscheidungen können zur Lösung des hier angesprochenen Problems nicht dienlich sein. Das erste Begriffspaar spezifiziert lediglich den hier fraglichen Leistungsgrundsatz und beschreibt seine Geltung für die gesamte Beamtenhierarchie (4). Es kann ebensowenig wie das zweite den Inhalt des Leistungsprinzips beschreiben noch der Feststellung der Leistung dienen (5).

Weiterhelfen kann allein die Qualifizierung des Leistungsprinzips des Art. 33 II GG entweder als Staatsorganisationsgrundsatz oder als Beamten-Statusprinzip. Von dieser grundlegenden Zuordnung hängt es ab, ob bei der Frage nach der Leistung der Beamte im Vordergrund zu stehen hat oder die Organisation, für die er tätig ist, nämlich der Staat.

---

2) Vgl. oben I 3 b Fn 4.

3) Lange, Bewertung, S. 49.

4) Vgl. oben I, 3 b.

5) Leisner, Grundlagen, S. 62.

2. Der Leistungsgrundsatz als Statusprinzip

Art. 33 II GG ist Statusprinzip.

Was anderes als den status activus (1) jedes Staatsbürgers will Art. 33 II GG regeln, wenn er jedem Deutschen nach Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte gewährt (2). Als Aktiv-Bürgerrecht wie das Wahl- und Stimmrecht (Art. 38 GG), die Gleichheit der staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten (Art. 33 I GG) u.a. (3) gewährt Art. 33 II GG jedem Staatsbürger die Möglichkeit, durch Übernahme eines öffentlichen Amtes selbst gestaltend und verwaltend den Staat und die Staatsgewalt aktiv in seiner Person zu verkörpern.

3. Leistungsprinzip und Leistungsfähigkeit der Verwaltung

Das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG kann nicht mit einem etwaigen Grundsatz oder Ziel der größtmöglichen Leistungsfähigkeit der Verwaltung gleichgesetzt werden (1).

---

1) Im Anschluß an Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892.

2) Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 59 u. 78 f; Leisner, Grundlagen, S. 63; Krüger, Leistungsprinzip, S. 6; Segger, ZBR 1973, S. 168; a.A. wohl: BVerwGE 15, S. 3, 5 f

3) Maunz, Staatsrecht, S. 103.

1) Leisner, Grundlagen, S. 62; unklar: Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 3.

Neben den tatsächlichen Schwierigkeiten bei der Definition der "Leistungsfähigkeit der Verwaltung" und ihrer Messung würde man - höchst fragwürdig - eine unendliche Zahl von Faktoren zur Beurteilung heranziehen; Faktoren, von denen die "Leistungsfähigkeit der Verwaltung" zwar abhängt, auf die aber größtenteils kein Bediensteter allein Einfluß nehmen kann. Man denke nur an politisch-organisatorische Entscheidungen (2), die nicht immer an dem effektiven Einsatz der Verwaltung orientiert sind. Problematisch bliebe zumindest die Auswirkung jeder Einzelleistung auf die Gesamtleistung (3).

In solchem Effizienzdenken läge eine "Kollektivierung der dienstlichen Beurteilung", die "die persönliche Leistung entindividualisierte" und "das Berufsbeamtentum bolchewisierte" (4). Die konsequente Durchführung dieser Auffassung würde das Berufsbeamtentum aus den Angeln heben, indem es die Unabhängigkeit des Beamten beseitigte. Ein so verstandenes Leistungsprinzip, mag es auch als traditionsfeindlicher Fortschrittsapostel die Prozession der Reformatoren anführen, wird das Berufsbeamtentum nicht wirklich und anhaltend fördern können.

---

2) Vgl. Gscheidle, Vereinbarkeit, S. 9.

3) Leisner, Grundlagen, S. 63.

4) Leisner, Grundlagen, S. 63.

4. Die Relativität der Leistung im Sinne der Auslese - Nachweis des Individualrechtsgehalts des Art. 33 II GG

Art. 33 II GG hat nicht nur eine staatsorganisatorische, sondern auch eine grundrechtliche Komponente (1).

Die Identifikation des Leistungsprinzips mit der 'Leistungsfähigkeit der Verwaltung' widerspricht nicht nur den Grundsätzen des Berufsbeamtentums, sondern ist zudem logisch falsch, da sie einen gedanklichen Fehlschluß als Prämisse voraussetzt.

Bejaht man selbst die unmittelbare Auswirkung der Einzelleistung auf die Leistungsfähigkeit der Organisation, dann setzt die optimale Leistungsfähigkeit der Organisation höchste Leistung des Einzelnen voraus. Gerade diese fordert aber das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG nicht.

Leistung nach der Konzeption der Auslese ist nicht absolute, sondern relative!

Die Auswahl des Qualifiziertesten vollzieht sich unter den Bewerbern um das öffentliche Amt; das Niveau der Leistung bestimmt sich folglich nach dem Leistungsstand der Bewerber (2). Bei großem

---

1) Battis, JZ 1972, S. 387; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; Saenger, ZBR 1974, S. 131.

2) Eignung, Befähigung und fachliche Leistung müssen den einzelnen Bewerber "im Vergleich zu anderen vorzugsweise" geeignet erscheinen lassen (Jess, in: BK, Art. 33 Anm. A II 3; v. Mangoldt-Klein, S. 806).

Nachwuchsbedarf und geringem Angebot qualifizierter Bewerber ist der Dienstherr darauf angewiesen, auch Bewerber zu akzeptieren, die er sonst für weniger geeignet halten würde. Sind diese unter den Schwachen die Stärksten, ist dem Leistungsprinzip Genüge getan - eine Verbesserung der Leistungsfähigkeit der Organisation kann damit jedoch nicht erreicht werden.

Schon weil Art. 33 II GG keine Mindestqualifikationsgrenze zieht, es sei denn das Bestehen vorgeschriebener Prüfungen zum Nachweis der Befähigung, schon deshalb kann das Leistungsprinzip nicht mit einer - wie immer verstandenen und ermittelten - Leistungsfähigkeit der Staatsorganisation gleichgesetzt werden. Mehr noch wegen den verdeckt-umstürzlerischen Folgen dieses Synkretismus muß jede unmittelbare Identifikation beider Ziele abgelehnt werden (3).

'Karriere im öffentlichen Dienst nach Leistung': diesen Grundsatz stellt Art. 33 II GG eindeutig als Individualleistungsprinzip auf (4).

5. Der Leistungsgrundsatz auch als Staatsorganisationsprinzip

Das darf jedoch nicht exzessiv dahin verstanden werden, daß das Leistungsprinzip nur dem einzelnen Beamten dienen soll (1).

---

3) So auch: Leisner, Grundlagen, S. 64.

4) Leisner, Grundlagen, S. 64.

1) Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 3.

Wenn die Gleichbehandlung beider Grundsätze abgelehnt wird, wird eine Konnexion des Leistungsprinzips für die Leistungsfähigkeit der Verwaltung nicht geleugnet. Verwaltungssoziologie und Organisationslehre haben nachgewiesen, daß die konsequente Beachtung des Individualleistungsprinzips eine Steigerung der Organisations-Leistungsfähigkeit nach sich zieht. Dabei wird besonders der individuellen Leistungsgerechtigkeit elementare Bedeutung für die Leistungswilligkeit der Beamten zukommen, die ihrerseits unmittelbare Auswirkung auf die Effizienz der Verwaltung haben wird (2).

So ist auch die Äußerung des Bundesverwaltungsgerichts (3) zu verstehen, das Leistungsprinzip sei "im wesentlichen darauf gerichtet, das Berufsbeamtentum als Institution - nicht den einzelnen Berufsbeamten - zu schützen". Diese Formulierung setzt geradezu eine Individualbezogenheit des Leistungsgrundsatzes voraus (4), um unmittelbar eine Institutsgarantie zu begründen (5). Einer Umkehrung dieser Relation darf und will damit nicht das Wort geredet sein.

Auch der Versuch einer Reversion mit dem Argument, daß öffentliche Ämter nicht verliehen würden, um Beamte beschäftigen zu können, sondern Beamte beschäftigt würden, um eine sachgerechte und reibungslose Erledigung der Staatsaufgaben zu erzielen (6), geht fehl.

---

2) Vgl. auch: Leisner, Grundlagen, S. 64; Fricke, Ämterpatronage, S. 90; Malz, DBB 1961, S. 33.

3) BVerwGE 24, S. 235, 240.

4) Vgl. oben unter 2.

5) So auch: Leisner, Grundlagen, S. 64.

6) Vgl.: Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 3; Malz, ZBR 1960, S. 1.

Die auf den ersten Blick blendende Schlagkraft dieser - selbstverständlich richtigen - Feststellung trübt sich schon beim zweiten Blick: Wenn Art. 33 II GG den Individualleistungsgrundsatz formuliert und damit dem Bewerber das Recht einräumt, dem Dienstherrn die Pflicht auferlegt, daß allein die individuelle Leistung über die Besetzung eines öffentlichen Amtes zu entscheiden hat, wird in keiner Weise der angesprochenen Beschäftigungstherapie das Wort geredet. Vielmehr schließt der Grundsatz, nur nach Leistung Zugang zu einem öffentlichen Amt zu erlangen, gerade den reinen Unterbringungscharakter des Beamtenstatus aus.

Das Recht des Bewerbers auf leistungsorientierte Beurteilung steht der Forderung nach einer leistungsfähigen Verwaltung nicht entgegen, sondern fördert sie, indem es ihre unabweisliche Voraussetzung ist.

Annex: Organisatorische Rückwirkungen auf die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens?

Die Erkenntnis des Verfassungspostulats auf gleichen Zugang aller Staatsbürger zu den öffentlichen Ämtern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung als Individualrechtsgarantie begründet rechtsschutzbewehrte subjektive Rechte des Staatsbürgers (1). Daraus stellt sich die Frage, ob nicht diese subjektive Rechtsqualität der Zugangsgleichheit organisatorische Rückwirkungen auf die Ausgestaltung des Zugangsverfahrens insistiert (2).

---

1) Grundlegend: Bachof, Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, S. 287 ff.

2) Für das Prüfungswesen: Pietzcker, Verfassungsrechtliche Anforderungen, S. 149 ff m.w.N.

Organisation wird nicht um ihrer selbst willen eingerichtet, sondern zur Förderung notwendiger Entscheidungen, zu ihrer Ermöglichung oder Verbesserung (3). Ein Blick in die Verfassungsgesetzgebung macht deutlich, wie sehr gerade Organisation geeignet ist, die Freiheit zu sichern (4). Freiheitsbedrohende Macht wird durch funktionelle Gliederung und verfahrensrechtliche Kanalisierung gebremst, indem Machtmißbräuche verhindert oder doch erschwert werden (5).

"Das realisierbare Maß an Freiheit in einem Staat ergibt sich nicht aus der in Verfassungsurkunden proklamierten Freiheit, sondern aus der organisatorischen Sicherung und aus der tatsächlichen Ausübung der Freiheit" (6).

Für andere hochqualifizierte Staatsbürgerrechte, wie z.B. das Wahlrecht, ist die minutiöse Einhaltung strengster detaillierter Verfahrensvorschriften seit langem eine nicht hinwegdenkbare Selbstverständlichkeit (7). Unverständlich deshalb, daß das Ausleseverfahren für den Zugang zu den öffentlichen Ämtern - einem nicht minder vornehmen Staatsbürgerrecht - bisher allein mit dem Hinweis auf Organisationsgewalt und Personalhoheit der dienstherrlichen Allmacht überlassen ist.

---

3) Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 203.

4) Starck, Freiheit und Organisation, S. 6; ders., Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfe zur Grundrechtsverwirklichung?, S. 480 ff.

5) Starck, Freiheit und Organisation, S. 6; Pietzcker (Verfassungsrechtliche Anforderungen, S. 150) weist zu Recht auch auf die Vorhersehbarkeit staatlichen Handelns hin.

6) Starck, Freiheit und Organisation, S. 6 f.

7) Vgl. Art. 38 f GG und hierzu BWahlG und BWahlO.

Hier drängen sich verschiedene verfahrensmäßige Sicherungen der in Art. 33 II GG festgeschriebenen Auslese auf. So stellt sich zunächst die Frage, ob nicht die staatlichen Institutionen, die über den Zugang zum öffentlichen Dienst zu entscheiden haben, von Rechts wegen kollegial organisiert sein müssen. Gerade bei weitgehend kontrollfreien Entscheidungen - wie in Prüfungs- und auch Einstellungsverfahren - muß dem Gesichtspunkt, die in Betracht kommenden Aspekte möglichst vollständig zu erfassen, Subjektivismen auszugleichen und dadurch eine größere Richtigkeit der Entscheidung zu garantieren, besondere Bedeutung zukommen (8).

Neben dem Ziel, unsachliche Einflüsse auf die Bewerberauslese zu eliminieren, böte die Kollegialverfassung der 'Einstellungsausschüsse' die Möglichkeit, Laien an der Auswahlentscheidung zu beteiligen (9). Damit tangiert die angeschnittene Problematik die heute kaum noch überschaubare Diskussion um demokratische Legitimation und Partizipation (10). Mag auch der Weg über das bürgerliche Freiheitsrecht zur vollen Selbstbestimmung führen (11), so muß man nicht

---

8) Pietzcker, Verfassungsrechtliche Anforderungen, S. 137.

9) Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 444.

10) Statt vieler: Walter, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, S. 147 ff; Schmitt Glaeser, Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, S. 147 ff; Rupp, NJW 1972, S. 1537 ff; Alemann (Hrsg.), Partizipation - Demokratisierung - Mitbestimmung, Opladen 1975; Schaeder, Demokratische Tendenzen in der Pflege der Verwaltungswissenschaft, S. 159 ff; König, Verwaltungsreform und Demokratiediskussion, S. 271 ff; Herzog, Möglichkeiten und Grenzen des Demokratieprinzips in der öffentlichen Verwaltung, S. 485 ff.

11) Vgl. dazu: Rupp, Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S. 1538 ff.

gleich so weit gehen, dem Laien ein Mitbestimmungsrecht im Auslese-verfahren einzuräumen. Bereits die Ver-Öffentlichung des Verfahrens (12) - sei es durch Offenlegung der Bewerberlisten und Einstellungskriterien, sei es durch Akteneinsicht der Betroffenen oder sei es nur durch ausführliche Verbescheidung der Bewerber (13) - wäre in der Lage, die Rechtsstaatlichkeit des Ausleseverfahrens stärker zu betonen. Hier muß auch auf das Ausschreibungsverfahren als Maßnahme zur Objektivierung der Bewerberauslese hingewiesen werden, indem die Auswahlkriterien vor Entscheidung verbindlich festgeschrieben werden (14).

Mit Ausnahme der Ausschreibung kennt das geltende Recht keine Verfahrensregeln für die Entscheidung über den Zugang zum öffentlichen Dienst. Auch für die vorliegende Arbeit soll es mit dem summarischen Anschneiden dieser Gedanken de constitutione et lege ferenda sein Bewenden haben. Es wäre zweifellos von großem Interesse, aus dem materiellen Rechtsgehalt des Zugangs zum öffentlichen Dienst, wie ihn die vorliegende Untersuchung aus Art. 33 II GG herausgearbeitet hat, Folgerungen für die Ausgestaltung entsprechender Verfahrens- und Organisationsgrundsätze zu ziehen; entsprechend der Zielsetzung dieser Arbeit sollen jedoch Verfahrensfragen hier nicht Gegenstand der Erörterung sein.

---

12) Pietzcker, Verfassungsrechtliche Anforderungen, S. 121 f.

13) Schick, ZBR 1972, S. 304; Pietzcker, Verfassungsrechtliche Anforderungen, S. 141 ff.

14) Ermacora, Öffentliche Ausschreibung, S. 9 ff; Güßregen, DöD 1973, S. 115 ff; vgl. auch unten 3. Kap., 1. Abschnitt, A II 2 e.

V. Antinomien des Leistungsprinzips zu anderen Grundsätzen des Beamtenrechts

Im Vorausgegangenen ist der Inhalt des Leistungsgrundsatzes untersucht worden, wie er sich aus seiner verfassungsrechtlichen Normierung in Art. 33 II GG ergibt. Es bleibt nunmehr zu prüfen, ob diese Auffassung aus der Geltung anderer hergebrachter Grundsätze des Berufsbeamtentums einer Revision oder Korrektur bedarf oder ob sich (vermeintliche) Gegensätze mit dem Leistungsprinzip harmonisieren lassen.

Eine Unvereinbarkeit des Verständnisses des Leistungsprinzips, wie es zuvor entworfen wurde, mit Grundsätzen, die im öffentlichen Dienst gelten, müßte zu bedenken geben, ob auch eine Korrektur der Interpretation des Leistungsprinzips erfolgen muß, das den Zugang zum öffentlichen Dienst beherrscht. Denn es ginge nicht an, daß ein Bewerber nach Grundsätzen in den Beamtendienst eingestellt würde, die im Widerspruch zu den Rechtssätzen stünden, die im Beamtenverhältnis für ihn Anwendung fänden.

1. Leistungsgrundsatz - Lebenszeitprinzip

Der zuvor entworfenen Forderung nach aktueller Leistung im gesamten Beamtenrecht, wie sie aus der verfassungsmäßigen Niederschrift der Leistungsauslese für jede Ämtervergabe folgt, scheint zunächst die wesensbestimmende Ausgestaltung des Beamtenberufs als Dienst- und

Treueverhältnis auf Lebenszeit zu widersprechen (1). Denn das Lebenszeitprinzip ist nicht nur im Sinne einer lebenslänglichen Erhaltung des Beamtenstatus zu verstehen; es verhält sich beispielsweise auch zu einer Versetzung in den Ruhestand nicht indifferend, sondern zielt auf das Recht zu aktiver Tätigkeit als Beamter (2).

Wird damit nicht ein Gegensatz zum Leistungsprinzip aufgetan (3), weil nämlich die Berufung zum Beamten auf Lebenszeit nicht mangels Leistung widerrufen werden kann?

---

1) § 3 I 2 BRRG; so auch schon: Art. 129 I 1 WRV; PrOVG, RuPrVBl. 1933, S. 15; BVerfGE 9, S. 268, 286; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 573 ff; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 47; v. Mangoldt-Klein, S. 816; Grewe, 39. DJT., S. D 7; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 65; Scheuner, Garantien, S. 109; Jess, in: BK, Art. 33 Anm. II 7 c. Diesen Grundsatz hatte bereits die bayerische Hauptlandespragmatik von 1805 verwirklicht.

2) Eingeschränkt wird die Aktiv-Beamtenschaft nur durch den mit dem Erreichen der Altersgrenze verbundenen Eintritt in den Ruhestand, bei geistiger und körperlicher Untauglichkeit zur Wahrnehmung der Amtsobliegenheiten gegebenenfalls auch durch vorzeitige Pensionierung. Vgl. BVerfGE 1, S. 264, 274 f; 9, S. 338, 344 ff; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 575; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 65; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 48.

3) Krüger (Leistungsprinzip, S. 11) spricht sogar von einer kompromißlosen Unvereinbarkeit und fragt nur noch nach der Gewährleistung des Leistungsprinzips innerhalb des unauflöslichen Dienstverhältnisses.

a) Die Statik des Lebenszeitprinzips

Das Lebenszeitprinzip beinhaltet für den Beamten die rechtliche Sicherung seines Lebensunterhalts und seiner Stellung (1). "Dieser beharrenden (Ruhe in sich schließenden) Kraft im öffentlichen Dienst tritt im Leistungsgrundsatz eine bewegende (Unruhe erzeugende) Kraft entgegen" (2).

Eröffnet das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG den Zugang zum und den Aufstieg im Beamtenverhältnis nach Leistung, verlangt es dann nicht ebenso - gleichsam als seine zwingende Folgerung -, "daß kein vermeintlich noch so wohlerworbenes Recht den Abstieg der Unfähigkeit verhindern dürfe" (3)? Oder soll der für die gesamte Gesellschaftsordnung gültige Leistungsgrundsatz (4) durch das Lebenszeitprinzip aus dem Berufsbeamtentum ferngehalten werden (5)?

---

1) BVerwGE 1, S. 255, 256 f; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 47.

2) Malz, ZBR 1960, S. 1; vgl. auch Leisner: "Der Leistungsgrundsatz erscheint ... als traditionsfeindlicher Fortschrittsmotor." (Grundlagen, S. 61).

3) Krüger, Leistungsprinzip, S. 6; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 62 f.

4) Fees, ZBR 1967, S. 203; Krüger, Leistungsprinzip, S. 6; Pillat, ZBR 1970, S. 175.

5) Neeße (Leistungsgrundsatz, S. 10) hält es "für in hohem Maße verdächtig, daß ausgerechnet im öffentlichen Dienst 'Leistung' als ein besonderer Rechtsgrundsatz konstituiert" werden mußte und glaubt daraus den "entlarvenden Schluß" ziehen zu können, daß Leistung im öffentlichen Dienst durchaus nicht etwas Selbstverständliches sei. Vgl. dagegen: Nilges, BayBZ 1961, S. 147.

Das geltende Beamtenrecht kennt keine Nachteile für Minderleistungen, es sei denn als disziplinarische Strafmaßnahme (6). Zur Entfernung

---

6) Entsprechende Nachteile wegen schlechter Leistungen waren dem deutschen Beamtenrecht jedoch nicht von jeher fremd.

Anknüpfend an den Rechtsgedanken des ReichsbesoldungsG von 1909 bestimmte das DBG vom 26.1.1937 (RGBl. I, S. 39) in § 21 I: "Bleibt der Beamte in seinen Leistungen hinter dem billigerweise von ihm zu fordernden Maß zurück, so kann ihm das nach den Dienstaltersstufen des Besoldungsrechts vorgesehene Aufsteigen im Gehalt in jeder Dienstaltersstufe bis zu zwei Jahren versagt werden". In der amtlichen Begründung hierzu heißt es, daß diese Maßnahme für Beamte gelten solle, "die, ohne daß ihnen eine auf Vorsatz oder Fahrlässigkeit zurückführende Minderleistung vorgeworfen werden kann, die zur Dienstbestrafung führen würde, nicht dasselbe leisten, was man von den in gleicher Lage befindlichen Beamten im allgemeinen fordern muß, und von ihnen auch tatsächlich geleistet wird. Die Minderleistung kann auf eine natürliche Veranlagung zurückzuführen sein, die bei der Anstellung des Beamten nicht erkannt worden ist; sie kann auch auf einem Nachlassen der geistigen Kräfte beruhen, das aber nicht zur Feststellung einer Dienstunfähigkeit ausreicht. Solche Beamten können nicht beanspruchen, in ihren Leistungen ebenso bewertet zu werden, wie ihre voll leistungsfähigen Mitarbeiter, die u.U. noch ihre Arbeit miterledigen müssen". (zit. nach Hocke, Die Gesetzgebung Adolf Hitlers, Heft 22 (1937) S. 140 ff, 147).

Das hieran anlehnende BayBG vom 14.12.1946 (GVBl. S. 349) enthielt eine entsprechende Vorschrift in seinem Art. 35 I; nicht mehr die Neubekanntmachung des BayBG vom 18.7.1960 (GVBl. S. 161) idF vom 9.11.1970 (GVBl. S. 569). Auch die am weitesten gehende Vorschrift des § 38 Berliner LBG vom 24.7.1952 (GVBl. S. 603), die als "Nachteile für Minderleistungen" vorsah: 1. Versagung des Aufrückens in den Dienstaltersstufen bis zu zwei Jahren; 2. Zurücksetzung in eine niedrigere Dienstaltersstufe innerhalb der

aus dem Dienst kann die Unbrauchbarkeit eines Beamten nur führen, wenn sie den Tatbestand eines Dienstvergehens erfüllt, der Beamte also seine Dienstpflichten schuldhaft verletzt hat (7).

Gerade weil die Entfernung eines Beamten auf Lebenszeit nach den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nur im Wege eines

---

Besoldungsgruppe; 3. Versetzung in ein Amt mit niedrigerem Endgrundgehalt; 4. Einleitung eines Dienststrafverfahrens zwecks Entfernung aus dem Dienst, ist in dem neuen Berliner LBG vom 1.8.1969 (GVBl. S. 1913) idF vom 1.1.1972 (GVBl. S. 287) nicht mehr enthalten.

Die Aufnahme eines "Trottelparagraphen" in das BBG, wie es § 75 I des Regierungsentwurfs (BT-Drucksache I/2846) in Anlehnung an § 38 Berliner LBG von 1952 vorsah, wurde vom Bundesgesetzgeber abgelehnt, weil die vorgesehenen Maßnahmen vor allem Beamte treffen würde, die aus entschuldbaren Gründen einen Leistungsabfall zeigen würden. Das Nachlassen in der Leistung könne insbesondere äußeres Zeichen einer beginnenden Erkrankung, Folge aufreibender Tätigkeit oder familiärer Sorgen sowie früher einsetzender Alterserscheinungen sein. In diesen Fällen sei die Verhängung der betreffenden Maßnahmen ungerecht. Auch fehle es an den nötigen Rechtsbürgschaften, wie sie das Disziplinarverfahren zugunsten des Beamten aufweise. Deshalb sei die Behandlung zweifelhafter Fälle dem Disziplinarverfahren vorzubehalten (Nachtrag zum schriftlichen Bericht des Ausschusses für Beamtenrecht - BT-Drucksache I/4246 Nachtrag S. 11).

7) § 45 I 1 BRRG; § 77 I 1 BBG.

förmlichen Disziplinarverfahrens möglich ist, muß der Dienstherr darauf sehen, daß niemand unter Verstoß gegen das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG Beamter wird (8).

Das Lebenszeitprinzip einerseits, die Fürsorgepflicht des Dienstherrn (9) andererseits verbieten als Ausformung des - auf Treue basierenden - personenhaften Charakters des Beamtenverhältnisses (10) jede Entlassung oder auch nur Rückstufung eines Beamten, der die von ihm erwartete Leistung nicht (mehr) erbringt. Die Fürsorgepflicht des Dienstherrn wird sogar gerade dadurch ausgelöst, daß der Beamte infolge Alters oder Krankheit nicht mehr in der Lage ist, seine volle Leistung zu erbringen (11).

Damit nimmt das Leistungsprinzip auf die dauernde Leistungsfähigkeit des Beamten nur mittelbar Einfluß durch die (negative) Auslese Ungeeigneter bei der Einstellung, bei der Beurteilung während des Vorbereitungsdienstes und (während der Probezeit) vor Übernahme in das Beamtenverhältnis auf Lebenszeit sowie bei jeder Beförderung (12).

---

8) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1643.

9) § 48 BRRG; § 79 BBG; vgl. hierzu auch: Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 64.

10) Krüger, Leistungsprinzip, S. 7.

11) Die Gefahr einer Funktionalisierung des Menschen, der von einer Person zu einem Instrument erniedrigt würde (Krüger, Leistungsprinzip, S. 6 f), wird durch die Fürsorgepflicht gebannt. In der totalen Leistungsorientierung ist kein Platz für Treue und Fürsorge.

12) Malz, ZBR 1960, S. 3.

b) Eingeschränkte Dynamik des Leistungsprinzips?

Aus diesem Vorrang des Lebenszeitprinzips (1) wird häufig eine Absage an das Leistungsprinzip gefolgert (2). Eine Priorität des Leistungsprinzips - im Sinne einer nachteiligen Auswirkung von Schlecht- oder Minderleistung auf den Beamten durch Entlassung, Rückstufung oder sonstige finanzielle Einbußen (3) - wäre mit dem Beamtenstatus im hergebrachten Sinne schlechthin unvereinbar.

In der - von einigen Autoren überspitzten (4) - Antinomie von Leistungsgrundsatz und Lebenszeitprinzip scheint sich ein gordischer Knoten zu schließen, dessen Lösung das Berufsbeamtentum zum Opfer fallen muß (5).

Die prinzipielle Gegensätzlichkeit ist einmal Folge einer Fehlentwicklung der Leistungsbereitschaft der Staatsdiener. Ursprünglich mit dem Ziel der Unabhängigkeit des Beamten gegenüber allen Einwirkungen konzipiert, um jede Gefahr illegitimer Einflüsse zu bannen, die der ausschließlichen Gesetzesbindung und sachlichen Entscheidungsfreiheit des Beamten zuwiderlaufen könnten, wollte

---

1) So die überw. Meinung: Krüger, Leistungsprinzip, S. 11.

2) Malz, ZBR 1960, S. 1.

3) Vgl. hierzu oben a) FN 6.

4) Krüger, Leistungsprinzip, S. 10 f.

5) Nach überwiegender Auffassung ist ein Kompromiß zwischen Leistungsgrundsatz und Lebenszeitprinzip nicht herzustellen. Krüger, Leistungsprinzip, S. 11; Reinhard, ZBR 1972, S. 2; a.A.: Leisner, Grundlagen, S. 69.

das Lebenszeitprinzip seine Leistungsfähigkeit sichern, um so die unparteiische Amtsführung zu ermöglichen und die Leistung des Staatsdieners zu fördern (6).

Zum anderen lassen sich auch heute Leistungsgrundsatz und Lebenszeitprinzip durchaus harmonisieren (7), wenn man das Verständnis des Leistungsprinzips nicht aus der allgemeinen Diskussion gewinnt, die sich kaum um die Klärung ihrer Diskussionsgrundlage bemüht hat. Versteht man den Leistungsgrundsatz so, wie er in Art. 33 II GG seinen verfassungskräftigen Ausdruck gefunden hat, nämlich als Auslese prinzip, löst sich der gordische Knoten mit einem Schlag: Leistung iSd öffentlichen Dienstrechts ist nicht konservativ, sondern progressiv.

Deshalb kann das Lebenszeitprinzip den Leistungsgrundsatz bei Einstellung in den öffentlichen Dienst nicht einschränken, etwa durch Vorwirkungen des Fürsorgegedankens. Wer von außen erstmals in das Beamtenverhältnis aufgenommen werden will, muß sich der uneingeschränkten Leistungsauslese unterziehen.

Aber auch im Beamtendienst kollidiert das Leistungsprinzip nicht mit dem Lebenszeitprinzip.

---

6) Vgl. Krüger, Leistungsprinzip, S. 10; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 49; Malz, DBB 1961, S. 33; Nilges, BayBZ 1961, S. 146.

7) Leisner, Grundlagen, S. 69; Mühl, in: GKÖD K § 2 Rn. 20.

Die Leistungsbewertung als Schätzungsgrundlage für den Aufstieg (8) kann nie zum Abstieg führen. Nach dem Leistungsprinzip des Art. 33 II GG wird der Leistungsmüde oder -schwache deshalb nicht entlassen, er wird nur nicht befördert, ebenso wie der leistungsschwache Erstbewerber nur nicht eingestellt wird, aber keine weiteren Repressionen erfährt.

Das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG verbietet sogar - neben dem Lebenszeitprinzip - die Entlassung oder auch nur die Rückstufung eines Beamten (9). Wenn der Aufstieg in eine höhere Besoldungsgruppe nur durch Beförderung erfolgen kann und eine Beförderung nur unter Beachtung des Leistungsprinzips zulässig ist, bedeutet die Versetzung in ein Amt mit niedrigerem Endgrundgehalt und erst recht die Entlassung eine Verletzung des Leistungsgrundsatzes, da sie die Annullierung der zuvor festgestellten Qualifikation bedeuten würde.

Die falsche Leistungseinschätzung bei einer Beförderung ist Sache des Dienstherrn und darf nicht in ihren Folgen auf dem Rücken des

---

8) Nur bei Beförderungen tritt die - vermeintliche-Antinomie von Leistungsgrundsatz und Lebenszeitprinzip voll zu Tage, da bei erstmaligem Zugang zum öffentlichen Dienst die Garantien der Lebenszeitstellung noch nicht wirksam sind.

9) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 589.

Beamten ausgetragen werden. Gesetze, die eine solche Rechtsfolge aussprechen (10), sind mit dem Lebenszeitprinzip (Art. 33 V GG) und mit Art. 33 II GG unvereinbar (11) (12).

Da das Lebenszeitprinzip allein die unkündbare Stellung des Beamten in dem Amt garantiert, das er innehat (13), das Leistungsprinzip dagegen nur die Auswahl des besten Bewerbers für die Aufnahme in den öffentlichen Dienst bzw. das Aufrücken in das nächsthöhere Amt fordert, widersprechen sich beide Grundsätze nicht, sondern ergänzen einander.

Die Zugehörigkeit zum öffentlichen Dienst ist von der Frage der Leistung frei und ausschließlich dem Lebenszeitprinzip unterstellt (14). Nur Zugang und Aufstieg unterliegen der Leistungsauslese.

c) Alimentationsprinzip und Dienstpostenbewertung

Das Leistungsprinzip zwingt den Beamten nicht, stets sein Bestes zu geben, es regt ihn aber dazu an. Damit in Einklang steht das Verständnis der Beamtenbesoldung als "standesgemäßer Unterhalt", der

---

10) Vgl. hierzu oben a) FN 6.

11) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 589; OVG Bremen, DVBl. 1961, S. 174 f; a.A.: Grewe, 39. DJT., S. D 22 f.

12) Einen derartigen Verstoß beinhaltet Art. 132 GG nicht, da diese Verfassungsnorm an mangelnde persönliche oder fachliche Leistung anknüpft. Vgl. BVerfGE 4, S. 294, 296.

13) Leisner, Grundlagen, S. 69; Krüger, Leistungsprinzip, S. 10.

14) Krüger, Leistungsprinzip, S. 20.

sich unmittelbar am Status des Beamten orientiert, sich aber gerade nicht aus den einzelnen Leistungen des Beamten errechnet (1).

Während der Dienstposten als Inbegriff der dienstlichen Aufgaben- und Befugnisse im Tarifrecht der Angestellten unmittelbar auf die Höhe der Vergütung einwirkt, weil diese sich an den Tätigkeitsmerkmalen orientiert, besteht dieser unmittelbare Zusammenhang im Beamtenrecht nicht. Der Beamte erhält seine Dienstbezüge aus dem Amt, das ihm durch Ernennung übertragen worden ist, ohne Rücksicht darauf, ob er Aufgaben wahrnimmt, die regelmäßig mit einem niedrigeren oder - häufiger - höheren Amt verbunden sind (2). Da die Übertragung dieses Amtes Ergebnis der Leistungsauslese war, knüpft die amtsgebundene Alimentierung der Beamten an die Leistungsbeurteilung an.

Alimentation in Anknüpfung an das bekleidete Amt und Leistungsauslese bei der Besetzung der Ämter sind konforme Grundsätze des Beamtenrechts.

Nicht Alimentierung des Beamten nach seiner Besoldungsgruppe, sondern Vergütung nach den tatsächlich übertragenen Aufgaben entsprechend den Tätigkeitsmerkmalen ist das Bestreben um die sog. Dienstpostenbewertung. Zunächst von den Bundes- und Landesgesetzgebern aufgegriffen (3),

---

1) Mißverständlich: Gscheidle, Vereinbarkeit, S. 7; a.A.: Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 88.

2) BVerwG, DRiZ 1968, S. 284 f; BVerwG, B. v. 22.3.1967 zit. bei Oppenheimer, ZBR 1971, S. 193 FN 47.

3) Vgl. § 21 II BBesG v. 27.7.1957 (BGBl. I, S. 993).

hat man diesen Gedanken nach und nach wieder fallen lassen (4). Einen Anspruch auf 'funktionsgerechte' Besoldung vermittelte diese Regelung dem Beamten ohnehin nicht (5). Indem nur die objektiven Anforderungen des Dienstpostens bewertet werden sollten, ohne die 'fachliche Leistung' des Beamten zu berücksichtigen (6), widersprach diese Regelung dem Leistungsprinzip, das sie verwirklichen wollte, und war gemäß Art. 33 II GG verfassungswidrig (7).

Wenn auch in der Privatwirtschaft nicht nur um des Erwerbs willen gearbeitet wird, sondern eine ganze Palette von Motiven hinzutritt, so bleibt das Entgelt seiner Struktur nach Gegenleistung für geleistete Arbeit. Damit ist die Möglichkeit eröffnet, die Leistung über die Bemessung der Gegenleistung zu beeinflussen.

Im Gegensatz dazu ist das Beamtengehalt Alimentation dafür, daß der Amtsinhaber seine ganze Person in den Dienst des Staates gestellt

---

4) Vgl. § 1 Nr. 9 1. Bes.NeuregelungsG vom 6.7.1967 (BGBl. I S. 629); 1. Hess. Bes.NeuregelungsG vom 18.12.1967 (GVBl. S. 209).

5) BVerwGE 16, S. 142, 144; BVerwG, ZBR 1963, S. 365; 1964, S. 315, 316; 1968, S. 189, 190.

6) Vgl. hess. BesoldungsrechtsänderungsG v.6.7.1965 (GVBl. S. 122) mit Begründung der Landesregierung (Drucksache Hess. Landtag V/1333); ferner: vorläufige Richtlinien der Landesregierung für die Bewertung der Dienstposten in der hess. Landesverwaltung vom 26.1.1965 (StaatsAnz. Hessen 1966, S. 670).

7) Vgl. auch die Bedenken des BVerwG (ZBR 1971, S. 53, 55 f; 1971, S. 79, 84 f).

hat (8). Mag sich auch in der Praxis die Motivation weitgehend angenähert haben; die strukturelle Differenzierung wird dadurch nicht ausgewaschen, sofern man an den verfassungsmäßigen Grundentscheidungen des Art. 33 GG festhält (9).

Damit darf jedoch nicht der Schluß einer leistungsfreien Besoldung der Beamten gezogen werden, weil das Gehalt kein Entgelt für erbrachte Leistung sei. Alimentation iSd Beamtenrechts ist kein Entgelt für Einzelleistungen, aber trotzdem Gegenleistung für die globale Hingabe der Arbeitskraft des Beamten (10) und Belohnung für erbracht Leistungen, die als Prognosegrundlage zur Übertragung des jetzigen Amtes geführt haben (11). Dem entspricht die Orientierung der Besoldung an dem Amt, das der Beamte bekleidet. Dem widerspricht die von den Gewerkschaften gerade auch für den öffentlichen Dienst forcierte "Gleichmacherei" im Wege der Besoldungserhöhung durch sog. Sockelbeträge.

Da die Beförderung von der Leistung abhängig ist, verwirklicht auch

---

8) Krüger, Leistungsprinzip, S. 12; Ule, DVBl. 1970, S. 640; Leisner, Grundlagen, S. 69; Fischbach, BBG, S. 733; BVerwG, ZBR 1957, S. 363, 364.

9) Ule, DVBl. 1970, S. 640.

10) Leisner, Grundlagen, S. 69; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 5; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 87; Klinkhardt, ZBR 1964, S. 261.

11) Vgl. oben III.

der standesgemäße Unterhalt das Leistungsprinzip (12). Nicht zuletzt findet es seinen Niederschlag in den Planstellenordnungen (13).

d) Die Bedeutung des Lebenszeitprinzips für die Leistungsbeurteilung bei Einstellung des Beamten

Leistung und Leistungssteigerung können im öffentlichen Dienst nicht durch finanzielle Motive gesteuert werden, es sei denn durch die dargestellte Anreizfunktion der Beförderung und der damit verbundenen Statusverbesserung, die u.a. zu einem höheren Einkommen führt (1). Die Untüchtigkeit im Amt ist jedem Einfluß weitgehend entzogen (2). Hier zieht allein die disziplinarrechtliche Straffälligkeit der bewußten Leistungsminderung oder gar -verweigerung eine Untergrenze (3).

Der Beamte jedoch, der, ohne zum Disziplinarfall zu werden, nicht die Leistung erbringt, die man von ihm bei der Besetzung des Amtes erwartet hat, ist integer. Die Gefahr, sich einen unfähigen Beam-

---

12) Leisner, Grundlagen, S. 70; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 5; BVerwGE 24, S. 235, 240; Malz, DBB 1961, S. 33.

13) Fischbach, BBG, S. 733; Ebert, Das Recht des öffentlichen Dienstes, E I 5; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 589; Leisner, Grundlagen, S. 70.

1) Krüger, Leistungsprinzip, S. 12; Leisner, Grundlagen, S. 66.

2) Krüger, Leistungsprinzip, S. 12.

3) Malz, ZBR 1960, S. 3.

ten eingehandelt zu haben, trägt allein der Dienstherr (4). Ihr zu begegnen, schreiben die Beamten-Gesetze vor, daß die Ernennung zum Beamten auf Lebenszeit nur zulässig ist, wenn der Beamte sich in einer Probezeit bewährt hat (5). Ist der Beamte einmal auf Lebenszeit ernannt, übernimmt das entsprechende Prinzip die Funktion einer absoluten Statussicherung.

Das Leistungsprinzip kann als Auslesegrundsatz allenfalls mittelbar auf den Herrschaftsbereich des Lebenszeitprinzips Einfluß nehmen, indem es den Aufstieg von der Leistung abhängig macht, die der Amtswalter im derzeitigen Amt gezeigt hat. Beansprucht es bei jeder Beförderung diktatorisch seine Beachtung, schrumpft seine Wirkkraft auf die Amtsausübung zum bloßen Ansporn.

Damit widersprechen beide Grundsätze sich aber nicht, sondern ergänzen sich. Denn beide Prinzipien haben unterschiedliche Wirkungsbereiche: Leistung als Auslesemaßstab für die Vergabe öffentlicher Ämter spornt den Bewerber an, sich zu qualifizieren, und gibt dem Dienstherrn Möglichkeit (und Pflicht) der Auswahl des Besten. Eine Fehlentscheidung in dieser Sphäre ist dem Einflußbereich des Dienstherrn durch die konservierende Kraft des Lebenszeitprinzips entzogen.

---

4) Nur bei diesem Verständnis bleibt die notwendige Ableistung einer Probezeit vor Ernennung auf Lebenszeit verständlich (vgl. § 9 I/3 BBG; § 6 I BRRG). Vgl. auch: Malz, ZBR 1960, S. 3.

5) § 6 I BRRG; § 9 I/3 BBG; vgl. hierzu auch: Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 64.

2. Leistungsgrundsatz - Laufbahnprinzip

Ebenso wie das Lebenszeitprinzip ist das Laufbahnrecht als hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums iSd Art. 33 V GG anerkannt (1). Es geht von vier verschiedenen Laufbahngruppen aus (einfacher, mittlerer, gehobener und höherer Dienst (2)), deren jede sich in vier Besoldungsgruppen untergliedert.

Die Laufbahn innerhalb einer Laufbahngruppe umfaßt alle Ämter derselben Fachrichtung, die die gleiche Vorbildung und Ausbildung erfordern (3). Demgemäß ist der erstmalige Zugang zum Beamtenberuf grundsätzlich nur in die unterste Besoldungsgruppe einer Laufbahngruppe (Eingangsamt der Laufbahn) zulässig (4), die Beförderung prinzipiell auf den Aufstieg innerhalb der Laufbahngruppe beschränkt (5).

a) Das Laufbahnprinzip als typisierende Leistungsbewertung

Indem das Laufbahnrecht an die unterschiedliche Vorbildung und Ausbildung der Bewerber (Befähigung) bei der Einordnung in eine be-

---

1) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 67; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 581; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 47; Grewe, 39. DJT., S. D 15, 19 f; Fischbach, 39. DJT., S. D 61.

2) Vgl. § 11 II BRRG; §§ 15 ff BBG; § 2 I BLV.

3) § 11 I BRRG; § 2 II BLV; vgl. auch §§ 16-19 BBG.

4) Vgl. § 12 I BRRG; § 9 III BLV.

5) § 12 III 1 BRRG, § 25, 1 BBG: Der Aufstieg in die nächsthöhere Laufbahn ist auch ohne Erfüllung der Eingangsvoraussetzungen für diese Laufbahn möglich.

stimmte Laufbahngruppe anknüpft (1) und während der Probezeit sowie einer bestimmten Frist (mindestens ein Jahr) nach Anstellung oder Beförderung (Bewährungszeit) die endgültige Übertragung höherwertiger Aufgaben durch Beförderung verbietet (2), bedient sich das Laufbahnrecht der Typisierung von Leistungskomponenten durch Aufstellung von Mindestanforderungen (3). Darin wird bei verständiger und unvoreingenommener Würdigung des Laufbahnprinzips sein Ausgangspunkt und Ziel erkennbar: Willkür und Patronage verhindernde Objektivierung der Personalpolitik und damit Durchsetzung des Leistungsprinzips (4).

Ebenso wie das Massenverfahren der Steuerverwaltung einer typisierenden Betrachtungsweise der Steuertatbestände (5) zur Bewältigung ihrer Aufgaben nicht entbehren kann und dabei zwangsläufig die (Ausnahmen-)Einzelfallgerechtigkeit hinter dem Grundsatz der Gleichmäßigkeit der Besteuerung (6) zurücktreten muß, bedarf der Staatsdienst ob seines Umfangs - sowohl betreffend die Zahl der wahrzunehmenden Aufgaben als auch bezüglich der Zahl der Bediensteten -

---

1) Vgl. § 13 und ff BRRG; §§ 16-19 BBG.

2) § 12 II BRRG; § 10 III BLV.

3) Lemhöfer, ZBR 1971, S. 293.

4) Leisner, Grundlagen, S. 71; Lemhöfer, ZBR 1971, S. 293; Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 80 f; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 60; Fricke, Ämterpatronage, S. 98; BVerwGE 24, S. 235, 239; Grewe, 39. DJT., S. D 19.

5) Vgl. dazu: Tipke, Steuerrecht, S. 397, 441.

6) Vgl. hierzu: Tipke, Steuerrecht, S. 32 ff, bes. S. 35.

des Schemas einer Leistungsordnung (7), da es unmöglich ist, die Leistungsanforderungen zur Einstellung oder Beförderung jedes Beamten für jeden Einzelfall neu zu bestimmen (8).

Gerade das Leistungsprinzip fordert also eine Leistungstypisierung durch feste Laufbahnen mit entsprechenden Leistungsvoraussetzungen, da nur so Willkür und Ämterpatronage als mögliche Folge einer ungebundenen Personalhoheit des Dienstherrn verhindert und eine gleichmäßige und sachgerechte Beurteilung der Bewerber gesichert werden können (9).

Dem Laufbahnbewerber sichern beide Prinzipien des Beamtenrechts eine leistungsorientierte Karriere, der allein er Grenzen setzt durch seine Leistung. Beschränkt das Laufbahnrecht den Aufstieg auch grundsätzlich auf die laufbahnzugehörigen Besoldungsgruppen, so zollt es der Individualleistung des Beamten vollen Respekt, indem es ihr den Vorrang einräumt und den Aufstieg in die nächsthöhere Laufbahn freigibt (10) (11).

---

7) Leisner, Grundlagen, S. 71.

8) Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 81.

9) So: Leisner, Grundlagen, S. 71; Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 81.

10) Vgl. § 12 III 1 BRRG; § 25 BBG; BayVerfGH, DÖV 1967, S. 61, 62.

11) Bezüglich des Laufbahnbewerbers dürfte die Harmonie von Laufbahnprinzip und Leistungsgrundsatz unstreitig sein; so auch: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 20 und 67.

b) Der "andere Bewerber" im Spannungsfeld zwischen Laufbahnprinzip und Leistungsgrundsatz

Der vielerseits gegen das Laufbahnrpinzip erhobene Vorwurf der schablonenhaften Leistungsschematisierung greift nicht das Prinzip in seiner Gesamtheit an, sondern nur die als seine Folge auftretende Außenseiterfeindlichkeit. Gerade darin wird ein Widerspruch zum Leistungsprinzip gesehen, da der Erfüllung der laufbahnmäßigen Voraussetzungen der Vorrang eingeräumt werde vor der unvoreingenommenen Leistungsbeurteilung aller Bewerber.

Eine leistungsorientierte Personalpolitik im öffentlichen Dienst kann nicht allein deshalb die Einstellung eines Bewerbers ablehnen, weil dieser die förmlichen Voraussetzungen des Laufbahnrechts nicht erfüllt. Ein so verstandenes Laufbahnprinzip würde dem Verfassungssatz des Art. 33 II GG widersprechen (1). Ist ein den Laufbahnvoraussetzungen mindestens gleichwertiger Leistungsstand nachweisbar, darf der Zugang zum öffentlichen Dienst nicht generell versperrt sein.

Dementsprechend kennt das geltende Beamtenrecht (2) neben dem Laufbahnbewerber auch den sog. anderen Bewerber (3). Von ihm dürfen zwar ein bestimmter Vorbildungsgang und der für Laufbahnbewerber

---

1) Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 60.

2) Wie schon in der Weimarer Republik und im (§ 26 I Nr. 2) DBG vom 26.1.1937 (RGBl. I S. 39).

3) §§ 4 III, 16 BRRG; §§ 7 I Nr. 3 lit. b, 9 I Nr. 3 lit. b BBG; §§ 32 f BLV.

vorgeschriebene Vorbereitungsdienst nicht gefordert werden (4), er muß aber durch Lebens- und Berufserfahrung die Befähigung erworben haben, im Beamtendienst die Aufgaben seiner künftigen Laufbahn wahrzunehmen (5).

Damit knüpft das Gesetz unmittelbar an das Leistungsprinzip an und statuiert eine Ausnahme vom Laufbahnprinzip, soweit dieses laufbahnmäßige Voraussetzungen für die Einstellung als Beamter vorschreibt (6).

c) Das Verhältnis des Laufbahnprinzips zum Leistungsgrundsatz

Daraus folgt indessen keine Antinomie von Leistungsgrundsatz und Laufbahnprinzip. Das Laufbahnprinzip stellt als Grundsatz lediglich die regelmäßigen Voraussetzungen für die Einstellung in den öffentlichen Dienst auf. Gerade in seiner Eigenart als Grundsatz trägt es die Offenheit gegenüber Ausnahmen in sich (1).

---

4) So § 32 I 2 BLV.

5) § 4 III BRRG; § 7 I Nr. 3 b BBG; § 32 I 1 BLV.

6) Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 82 f; Krüger, Leistungsprinzip, S. 10; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 20.

1) Das Regel-Ausnahme-Verhältnis von Laufbahnbewerber und Außenseiter kommt in § 4 III BRRG klar zum Ausdruck, während das BBG in §§ 7 I Nr. 3 a u. b, 9 I Nr. 3 a u. b beide Erscheinungsformen undifferenziert nebeneinanderstellt. Allein daraus kann jedoch eine Gleichstellung nicht gefolgert werden (ausführlich hierzu: Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 83 ff m.w.N.).

Das Laufbahnprinzip ist nicht von diktatorischer Selbstherrlichkeit: es stellt Beweisregeln auf, die anknüpfen an die Vor- und Ausbildung, wie sie grundsätzlich für ein bestimmtes Amt erforderlich ist, und die abstellen auf das "Kunstprodukt", "wie es von unserem schulischen Bildungssystem systematisch hervorgebracht wird" (2).

Damit ist es jedoch nicht zum Selbstzweck erstarrt: trotz des erheblichen Umfangs des Personalwesens im öffentlichen Dienst durch Schematisierung eine gleichmäßige Leistungsbewertung zu ermöglichen, gibt es dem Dienstherrn eine Maßgabe an die Hand, die fachliche Qualifikation des "Normalfalles" an gleichen Voraussetzungen zu messen. Wo aber die Grundlage einer an den Laufbahnvoraussetzungen orientierten Leistungsbewertung, der typische Bildungsweg, fehlt und durch einen atypischen Lernprozeß in Lebens- und Berufserfahrung ersetzt ist, kann auch die Schablone des Laufbahnrechts nicht weiterhelfen und muß der Leistungsbewertung im Einzelfall das Feld räumen (3). Hier findet der Außenseiter sein Recht, dem der Staat seine Bildungseinrichtungen anbieten, aber nicht aufzwingen kann.

d) Das Laufbahnprinzip als Beweisregel für die Leistungsbewertung

Das Laufbahnprinzip als Beweisregel der - bei üblicher Vor- und Ausbildung - für ein bestimmtes öffentliches Amt zu fordernden Befähi-

---

2) Krüger, Leistungsprinzip, S. 9.

3) Krüger, Leistungsprinzip, S. 10.

gung kann nur als Grundsatz verstanden werden, der die Ausnahme des - atypischen - "anderen Bewerbers" ohne Widerspruch mit sich selbst anerkennt (1).

Ein Widerspruch des so verstandenen Laufbahnprinzips mit dem Leistungsgrundsatz (2) ist nicht festzustellen; es ist seine Ausformung und dient seiner Verwirklichung (3). Dabei muß aber der "andere Bewerber" die Ausnahme bleiben. Nur die an die typische Vor- und Ausbildung anknüpfende typisierende Leistungsbeurteilung nach Laufbahnvoraussetzungen garantiert bei der Vielzahl der öffentlichen Aufgaben und der zu besetzenden öffentlichen Ämter eine gleiche Behandlung der Bewerber und unterbindet Einzelfallwillkür.

Wie das Leistungsprinzip die unnachgiebige Handhabung der Beweisregeln des Laufbahnrechts verbietet und sich außenseiter-freundlich zeigt, so begründet es gleichzeitig eine Außenseiterfeindlichkeit, da es sich selbst unterhöhlen würde, würde es unter der Flagge, nur

---

1) M.E. ist es verfehlt, in diesem Zusammenhang von einer "Durchbrechung des Laufbahnprinzips" zu sprechen. So aber: Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 82 f.

2) So aber: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 67 u. 74; Krüger, Leistungsgrundsatz, S. 10; Thieme, 48. DJT., S. D 27; Lange, Bewertung, S. 54.

3) Krüger, Leistungsprinzip, S. 10; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 67 (der von Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 81 fehlinterpretiert wird); Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 81.

den absolut besten Bewerber zu wählen (4), auf die formalisierte, im Einzelfall vielleicht geringere, dafür aber für die gesamte Breite des Beamtentums gesicherte Leistungsorientierung verzichten.

Will man das Laufbahnprinzip und mit ihm den Leistungsgrundsatz nicht aus den Angeln heben, muß der Laufbahnbewerber Regelfall, der Außenseiter Ausnahme bleiben (5).

e) Das Leistungsprinzip und die obligatorische Einstellung in den Eingangsämtern der Laufbahnen

Neben diesem - nur scheinbaren - Spannungsverhältnis von Leistungsgrundsatz und Laufbahnprinzip taucht eine weitere Frage auf, die in der Literatur nur andeutungsweise anklingt (1).

Indem das Laufbahnprinzip die Anstellung eines Beamten - gleichgültig ob Laufbahnbewerber oder Außenseiter - nur im Eingangsamt der Laufbahn zuläßt (2), kollidiert es mit dem Leistungsprinzip, wonach jeder Deutsche nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung Zugang zu jedem öffentlichen Amt hat (Art. 33 II GG). Da das Leistungsprinzip sich nicht nur auf Ein- und Anstellung bezieht, son-

---

4) So weitgehend die Reformbestrebungen.

5) H. M.; Leisner, Grundlagen, S. 71; Grewe, 39. DJT., S. D 20; Krüger, Leistungsprinzip, S. 10; Wiedow, in: P-W-B § 7 Rn. 21, § 21 Rn. 2; Fischbach, BBG, S. 177; Jenke, Sachfremde Einflüsse, S. 84; Becker, ZBR 1972, S. 68, 70.

1) Vgl. Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 67.

2) So ausdrücklich: § 12 I BRRG, § 9 III BLV.

dern auch die Beförderungsämter umfaßt, scheint es eine Laufbahnordnung nicht dulden zu können, die sämtliche Beförderungsämter nur im Wege des laufbahnmäßigen Aufstiegs eröffnet, den unmittelbaren Zugang zu ihnen aber verwehrt.

Auch darin kann kein unüberwindbarer Gegensatz beider Prinzipien gesehen werden.

Art. 33 II GG enthält selbst die Voraussetzungen, nach denen Beförderungsämter zu besetzen sind: das Kriterium der fachlichen Leistung fordert für den Zugang zu einem Beförderungsamt die Bewährung des Bewerbers, wobei die Leistungen als Schätzungsgrundlage dienen, die der Beamte in dem Amt gezeigt hat, das er bisher bekleidet hat (3). Logische Voraussetzung eines Aufstiegs in der Ämterhierarchie ist demnach die Bewährung des Beamten als Element des Leistungsgrundsatzes. Zugang zu einem Beförderungsamt setzt also die Beamtenschaft in dem nächstniedrigeren Amt voraus.

Hier wird der Sinn einer gruppierenden Auslegung der Trias des Art. 33 II GG deutlich:
Die bei undifferenziertem Verständnis von Art. 33 II GG auftauchende Kollision mit dem Laufbahnrecht verlangt keine Einschränkung des Leistungsprinzips im Sinne einer nur mittelbaren Gewährung des Zugangs zu Beförderungsämtern; diese Einschränkung ist dem Leistungsgrundsatz des Art. 33 II GG bereits immanent.

---

3) Vgl. oben III, insbesondere dort 3.

Auch das Laufbahnprinzip begründet keine Antinomie zum Leistungsgrundsatz. In verfassungsgemäßer Harmonie angewendet ist es vielmehr ein hervorragendes Mittel zur Verwirklichung der Leistungsordnung im Beamtenrecht.

3. Leistungsgrundsatz - Anciennitätsprinzip

Während das Leistungsprinzip für jede Ämtervergabe eine Leistungsbeurteilung und eine Auslese des Besten verlangt, hat sich in der Personalpraxis gerade des öffentlichen Dienstes die Anciennität des Bewerbers um ein Amt (1) als oberstes Auswahlkriterium ausgebildet. So werden (meist von seiten der Gewerkschaften) aufgrund der Unterlagen der Personalabteilungen des Dienstherrn "Dienstalterslisten" der Bediensteten herausgegeben, in denen sämtliche Beamte einer Behörde untergliedert nach Laufbahn- und Besoldungsgruppen in der Reihenfolge ihres 'Allgemeinen Dienstalters' aufgeführt sind.

Diese Dienstalterslisten sind zwar unverbindlich, Durchbrechungen der dort vorgegebenen Reihenfolge für Beförderungen aber selten. Verständlich, daß nicht die Leistungsbeurteilung eines Bewerbers die Diskussion um eine anstehende Beförderung einleitet, sondern in aller Regel ein erster Blick in die 'Liste' die zentrale Weichen-

---

1) Den erstmaligen Zugang zum öffentlichen Dienst kann das Dienstzeitprinzip naturgemäß nicht beeinflussen. Hier bleibt das Leistungsprinzip unberührt. Vgl. auch: Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588.
Im Einstellungsverfahren kann der Gesichtspunkt der Anciennität allenfalls in Form der Wartezeit zum Zuge kommen. Vgl. Krüger, Leistungsprinzip, S. 8.

stellung bewirkt: Erst wenn der Bewerber dienstaltersmäßig zur Beförderung ansteht - "dran ist" -, geht man zu weiteren Überlegungen vor.

Darin tritt eine deutliche Verletzung des Leistungsgrundsatzes zutage, da an die Stelle einer Leistungsauslese die bloße kalendermäßige Berechnung der Wartezeiten gerückt ist (2).

a) Anciennität: Kein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums

Beim steten Bekenntnis des deutschen Beamtenrechts zur Leistungskarriere konnte die Anciennität nicht den Rang eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 V GG einnehmen. Sie wurde auch von der h. L. stets der Leistung untergeordnet (1). Dennoch hat sie in der Praxis des Beförderungswesens (2) ihre - de iure - Subsidiärfunktion zu einem - de facto - Primär-Kriterium aufwerten können. Und das gerade in jüngster Zeit mit steigendem Erfolg (3).

Ihre Kraft bezieht sie aus der Schwäche des Menschen, wie sie fortschrittlichem Reformgeist zu entsprechen scheint: Leistungsbeurtei-

---

2) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588; Leisner, Grundlagen, S. 72; Krüger, Leistungsprinzip, S. 8.

1) Fischbach, BBG, S. 253; Badenhoop, ZBR 1964, S. 198.

2) Für die Einstellung gewinnt das Anciennitätsprinzip keine große Bedeutung, da es an geeigneten Anknüpfungspunkten fehlt.

3) Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 72.

lung erfordert Autorität des Dienstherrn, die mit strenger Gerechtigkeit auch die tadelnde negative Bewertung eines Bewerbers nicht scheut.

b) Schwäche des Beurteilenden - Macht der Anciennität

Durch den Einfluß gerade auch der Mitbestimmungsorgane bei Personalentscheidungen und dem damit zwangsläufig einhergehenden Abbau der Autorität des Dienstherrn geht die Schlagkraft der Leistungsbewertung weithin verloren und wird durch unzählige Faktoren und Imponderabilien verwässert.

Wer aus falscher Scham oder aus anderen Gründen (1) nur Gutes über einen Untergebenen sagen will oder darf, verbraucht die Prädikate undifferenziert und macht die Beurteilung insgesamt unbrauchbar. Es bleibt dann nur noch ein Rekurrieren auf andere Differenzierungsmaßstäbe, da eine Entscheidung ja fallen muß.

Hier bietet sich die Anciennität ob ihrer einfachen Feststellbarkeit an: ein Blick auf den Kalender genügt - ohne jemandem wehe zu tun oder sich auch nur seiner wahren Meinung zu entäußern, verlangt die Anciennität weder Wertung noch Bewertung und ist zudem jedem Streit enthoben (2).

---

1) Vgl. hierzu das heutige Zeugnis(un-)wesen für Arbeiter und Angestellte, § 113 III GewO.

2) Krüger, Leistungsprinzip, S. 8.

c) Anciennität als verfassungswidriges Prinzip

Beförderungen allein nach zurückgelegter Dienstzeit vorzunehmen, ist verfassungswidrig, das Anciennitätsprinzip widerspricht eindeutig dem Art. 33 II GG (1):

Nicht die Verfassung hat sich an der Praxis zu orientieren, sondern die Praxis an der Verfassung. Diese so selbstverständliche Denkgrundlage unseres Rechts beherzigen zahlreiche Kritiker nicht, wenn sie das Beamtenrecht reformieren wollen, um es mit dem Leistungsprinzip in Einklang zu bringen.

Nicht das Beamtenrecht ist leistungsfeindlich, sondern die Praxis, die den Grundsatz des Zugangs zu den öffentlichen Ämtern nach Leistung in verfassungs- und gesetzwidriger Weise unbeachtet läßt (2).

Hier muß die Kritik ansetzen, wenn sie das Leistungsprinzip - polemisch - nur noch darin verwirklicht sieht, daß der Leistungsfähigere gleiches Gehalt, aber mehr Arbeit erhält als der Leistungsschwächere (3).

---

1) OVG Berlin, DVBl. 1960, S. 688, 689; BVerwGE 24, S. 235, 241; Leisner, Grundlagen, S. 72; Ule, DVBl. 1970, S. 643; Münster, BayBZ 1960, S. 99; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 589.

2) Vgl. hierzu auch: Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 4; Schütz, DÖD 1970, S. 41 f.

3) So Kubin, Arbeits-, Dienstpostenbewertung, S. 154; Reinhard, ZBR 1972, S. 2.

Eine Kritik, die leistungsbezogene Auslese der Bewerber um ein öffentliches Amt zu ihrem Reformziel erhebt, rennt Türen ein, die Art. 33 II GG längst offen hält (4).

"Wer Autorität abbaut, vernichtet das Leistungsprinzip" (5). "Nur das Leistungsprinzip entspricht aber dem hierarchischen Aufbau einer vielgliedrigen Verwaltung" (6). Das Leistungsprinzip fordert also die Autorität des Dienstherrn zur Leistungsbeurteilung und verbietet ihren Verzicht zugunsten reiner Anciennitätsentscheidung.

d) Leistungskonkordante Aspekte der Anciennität

Daraus folgt jedoch nicht, daß die Berücksichtigung der zurückgelegten Dienstzeit schlechthin verboten sei (1). Anciennität kann auch Ausdruck und Zeichen dafür sein, daß sich der Beamte im Laufe seiner Dienstjahre aufgrund seiner Leistung bewährt und Erfahrungen gesammelt hat (2). Das kann insbesondere bei höheren Ämtern einer

---

4) So richtig: Niedermaier, in: GKOD K § 8 Rn. 4; Schütz, DÖD 1970, S. 41; Ule, DVBl. 1970, S. 643.

5) Leisner, Grundlagen, S. 73.

6) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588; vgl. auch BVerwGE 24, S. 235, 239.

1) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588, Leisner, Grundlagen, S. 73; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 21; Mühl, in: GKÖD K § 2 Rn. 21.

2) H. L.: Fischbach, BBG, S. 733; Ebert, Das Recht des öffentlichen Dienstes, E I 6; Leisner, Grundlagen, S. 73; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588; Krüger, Leistungsprinzip, S. 12; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 21; OVG Hamburg, DVBl. 1970, S. 693; Mühl, in: GKÖD K § 2 Rn. 21.

Laufbahn von hervorragender Bedeutung sein, wo Erfahrung und Vertrautheit mit den Aufgaben unablässige Voraussetzung für eine verantwortungsbewußte Wahrnehmung des Amtes bilden können (3) (4).

Damit knüpft die Beurteilung aber nicht mehr primär an das Dienstalter des Bewerbers an, sondern an seine fachliche Leistung, die er durch praktische Bewährung gezeigt hat. Eine so verstandene Anciennität steht nicht im Widerspruch zum Leistungsgrundsatz, sondern ist ein Beurteilungskriterium der Leistung (5).

e) Eintrittsaltervoraussetzungen und Mindestdienstzeiten

Nicht anders kann die Anciennität an der Untergrenze des Beförderungszeitraums in Form der Eintrittsaltervoraussetzungen, insbesondere der Mindestdienstzeiten für Beförderungen beurteilt werden (1).

---

3) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 588; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 18; Leisner, Grundlagen, S. 73; BVerwGE 24, S. 235, 239; OVG Hamburg, DVBl. 1970, S. 693, 694.

4) Leisner weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Leistung eines Beamten oftmals nicht anders feststellbar sei als durch die Tatsache, daß der Beamte während einer gewissen Zeit sein Amt bekleidet und die Aufgaben erfüllt hat, ohne daß Schwierigkeiten aufgetreten wären (Grundlagen, S. 73).

5) Anciennität in diesem Sinne findet auch ihren - zulässigen - Niederschlag in der Staffelung des Grundgehalts nach Dienstaltersstufen (vgl. § 5 a II BBesG).

1) § 12 II 1 BRRG; § 10 III BLV; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 8; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 21; Lange, Bewertung, S. 49; Summer, ZBR 1968, S. 271.

In vernünftigen Grenzen (2) sind sie ein hervorragendes Mittel zur Hemmung von Ämterpatronage und dienen der Verwirklichung des Leistungsprinzips mehr als sie es einschränken, indem die den Aufstieg bremsen (3).

Gleichsam spiegelbildlich der Verfassungswidrigkeit des reinen Anciennitätsprinzips widersprach die Festschreibung eines 'Beförderungsschnitts' (4) für die Bemessung der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge dem Leistungsgrundsatz, da gerade Beförderung aufgrund besonderer Leistungen für die Versorgung außer Betracht blieben (5).

Das Anciennitätsprinzip im Sinne einer Beförderung allein nach ab-

---

2) Mindestdienstzeiten dürfen nicht zu lange bemessen sein; Summer, ZBR 1968, S. 271; Leisner, Grundlagen, S. 74; Attenberger, ZBR 1970, S. 172.

3) Im Ergebnis ebenso: Leisner, Grundlagen, S. 74.

4) Gem. § 110 BBG aF, § 31 G zu Art. 131 GG. § 110 I 1 BBG aF schrieb vor, daß für die Berechnung der ruhegehaltsfähigen Dienstbezüge höchstens eine Beförderung pro sechs Dienstjahre seit der Anstellung berücksichtigt werden dürfe, soweit diese der regelmäßigen Dienstlaufbahn entspreche.

5) BVerfGE 11, S. 203, 210, 215; BVerwGE 5, S. 39, 44; BVerwG, ZBR 1957, S. 363, 365; Giese, DVBl. 1953, S. 597; Otto, DBB 1957, S. 99 f; Grabendorff, RiA 1955, S. 299; ders., ZBR 1958, S. 122 f; v. Mangoldt-Klein, S. 818; a.A.: Anders, DÖV 1953, S. 455; Kallabis, ZBR 1958, S. 117 ff, 121, 123 f; BayVGH, BayVBl. 1958, S. 57 f; vgl. grundlegend dazu: Ule, Die Institution des Berufsbeamtentums und der Gesetzgeber; ders., ZBR 1958, S. 122 ff.

geleisteter Dienstzeit widerspricht dem Leistungsgrundsatz (6); die Berücksichtigung der Anciennität unter dem Gesichtspunkt der Erfahrung und Bewährung verwirklicht das Leistungsprinzip.

VI. Konkurrenz des Leistungsgrundsatzes mit anderen Verfassungsprinzipien

§ 4 III BLV schreibt vor, daß über die Einstellung 'unter Berücksichtigung gesetzlicher Vorschriften, nach denen Bewerber bestimmter Gruppen bevorzugt einzustellen sind', zu entscheiden sei.

Da Art. 33 II GG eine Bevorzugung bestimmter Gruppen unter Vernachlässigung oder gar Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes nicht duldet und einem Vorbehalt des einfachen Gesetzes nicht unterworfen ist, können die in § 4 III BLV gemeinten gesetzlichen Vorschriften nur dann mit der Verfassung in Einklang stehen, wenn sie sich aus einem Verfassungsprinzip legitimieren, das die Grundsatzentscheidung des Art. 33 II GG modifiziert oder durchbricht (1). Die Einschlägigkeit mindestens gleichrangiger Verfassungsnormen für den Zugang zum

---

6) So schon: § 8 lit. c Reichsgrundsatz über Einstellung, Anstellung und Beförderung der Reichs- und Landesbeamten vom 14.10. 1936 (RGBl. I S. 893): ... befördert werden darf "nur der Beamte, der neben restloser Erfüllung der allgemeinen Beamtenpflichten ... nach seinen dienstlichen Leistungen und Fähigkeiten den Anforderungen des höheren Amtes voll entspricht. Das Dienstalter allein rechtfertigt eine Beförderung in keinem Falle".

1) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22.

öffentlichen Dienst, die andere Gesichtspunkte der Leistungsauslese vorordnen, könnten den strikten Geltungsanspruch des Art. 33 II GG für die Vergabe öffentlicher Ämter ausnahmsweise einschränken oder durch Normierung spezieller Auslesekriterien auf bestimmte verfassungsrechtliche Zielsetzungen ausrichten.

Die mögliche Konkurrenz anderer Verfassungssätze mit dem Leistungsprinzip des Art. 33 II GG ist deshalb Gegenstand der folgenden Untersuchung:

1. Leistungsgrundsatz - Sozialstaatsprinzip

An verschiedenen Stellen hat der Gesetzgeber zugunsten sozialstaatlicher Erwägungen das Leistungsprinzip durchbrochen oder zumindest eingeschränkt, indem dem Dienstherrn eine Verpflichtung zu bevorzugter Einstellung bestimmter Personengruppen auferlegt wird.

Es handelt sich um folgende Personengruppen:

a) Heimkehrer, die seit dem 1.1.1948 aus Kriegsgefangenschaft entlassen worden sind und die entsprechenden fachlichen Voraussetzungen erfüllen (1);

---

1) Gesetz über Hilfsmaßnahmen für Heimkehrer (HKG) vom 19.6.1950 (BGBl. I S. 221) idF des Gesetzes vom 30.10.1951 (BGBl. I S. 875, 994) zuletzt geändert durch Gesetz vom 18.3.1975 (BGBl. I S. 705). Vgl. auch Rdschr. des BMI vom 9.11.1953 (GMBl. S. 540); sowie BVerwGE 6, S. 347, 348 f.

b) Wiedergutmachungsberechtigte, denen durch Bescheid ein Anspruch auf Wiedereinstellung als Beamter zuerkannt ist (2);

c) Unterbringungsberechtigte nach dem Gesetz zu Art. 131 GG, die Anspruch auf rechtsgleiche Wiederverwendung im Beamtenverhältnis haben (3);

d) Schwerbeschädigte, solange ein angemessener Anteil Schwerbeschädigter (4) nicht erreicht ist (5). Von ihnen darf bei der Einstellung nur das Mindestmaß körperlicher Eignung für die betreffende Stelle verlangt werden (6). Im Prüfungsverfahren sind ihnen die ihrer körperlichen Beeinträchtigung angemessenen Erleichterungen zu gewähren (7), ebenso bei der Beurteilung ihrer Leistung eine etwaige Minderung der Arbeits- und Verwendungsfähigkeit durch die Beschädigung zu berücksichtigen (8);

---

2) Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes (BWGöD) vom 11.5.1951 (BGBl. I S. 291) idF des Gesetzes vom 15.12.1965 (BGBl. I S. 2073).

3) Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 GG fallenden Person vom 11.5.1951 (BGBl. I S. 307) idF vom 13.10.1965 (BGBl. I S. 1686).

4) Vgl. § 4 I Schwerbehinderten-Gesetz (SchwbG) vom 16.6.1953 (BGBl. I S. 389) idF vom 29.4.1974 (BGBl. I S. 1005).

5) Vgl. §§ 41 ff SchwbG.

6) § 11 I BLV.

7) § 11 II BLV.

8) § 11 III BLV.

e) ehemalige Unteroffiziere und Mannschaften auf Zeit der Bundeswehr, die einen Zulassungsschein für den öffentlichen Dienst erhalten haben, soweit ihnen Stellen des öffentlichen Dienstes vorbehalten sind (9). Soweit der Stellenvorbehalt in Anspruch genommen worden ist, dürfen die Stellen nur mit Inhabern von Zulassungsscheinen besetzt werden.

Auf diese Personengruppen darf der Leistungsgrundsatz nicht unbesehen im Vergleich zu anderen Bewerbern angewendet werden. Ihnen hat der Staat seine besondere Unterstützung zugesichert - als Gegenleistung für besondere Opfer oder eine soziale Benachteiligung (10).

Eine Differenzierung nach dem Grad der Einschränkung oder Durchbrechung des Leistungsprinzips (11) erscheint unergiebig. Es ist

---

9) §§ 9, 10 Soldatenversorgungs-Gesetz (SVG) vom 26.7.1957 (BGBl. I S. 785) idF vom 1.9.1971 (BGBl. I S. 1481).

10) Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 64; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 22.

11) Vgl. Wiedow (in: P-W-B § 8 Rn. 13), der nur in den Fällen a-c eine Durchbrechung des Leistungsgrundsatzes sieht, während in den übrigen Fällen die Verwaltung nur verpflichtet sei, unter gleichwertigen Bewerbern demjenigen den Vorzug zu geben, der zu einem bevorzugten Personenkreis gehört. Diese Auffassung kann nicht geteilt werden, da das Leistungsprinzip allenfalls innerhalb der begünstigten Personengruppe zur Anwendung gelangt, während es im Verhältnis zum "normalen" Bewerber eingeschränkt ist, da z.B. körperliche Leistungsschwächen beim Schwerbeschädigten gerade nicht das Eignungsurteil nachteilig beeinflussen dürfen. Vgl. zur Gruppe e: Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 18.

nie grundsätzlich bestritten worden, daß neben Leistungsgesichtspunkten soziale Erwägungen eine Rolle spielen können (12).

Hierbei handelt es sich um etwas anderes als eine verfassungswidrige Patronage einzelner Personen einer bestimmten Gruppe (13). Sollen dort Mitglieder einer politischen oder konfessionellen Vereinigung bevorzugt werden, um das Amt im Interesse ihrer Gruppe auszuüben, so werden hier gesetzlich klar umschriebene Personengruppen ohne Rücksicht auf einzelne Mitglieder und ohne eine bestimmte Auffassung von der Art der Amtsausübung zum Ausgleich bestimmter Benachteiligungen diesen entsprechend bevorzugt (14). Diese Sonderstellung ist nicht willkürlich, sie knüpft an schutzwerte Gesichtspunkte an und ist daher sachlich gerechtfertigt (15).

Diese - am Sozialstaatsprinzip des Art. 20 I GG orientierten - Sonderregelungen gewähren dem Bewerber einen Anspruch, daß seine Belange, seine besonderen Umstände, bei der Besetzung öffentlicher Ämter angemessen berücksichtigt werden (16).

---

12) Leisner, Grundlagen, S. 72; Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 85; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 64; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 2 u. 22; Reinhard, ZBR 1972, S. 2; Schick, JZ 1970, S. 450.

13) Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 64; Köttgen, DÖV 1953, S. 326.

14) Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 64.

15) Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 85.

16) BVerwGE 6, S. 347, 348; Reinhard, ZBR 1972, S. 2 f.

Es erschiene ungerecht, einen Spätheimkehrer, der die für die Besetzung einer Stelle vorgeschriebenen unerläßlichen Voraussetzungen, wie Ablegung der erforderlichen Prüfungen, Ableistung des Vorbereitungsdienstes u.a., erfüllt, allein wegen Nichterreichen einer für die Einstellung in den öffentlichen Dienst ermittelten Mindestnote abzulehnen, die nach der Zahl der verfügbaren Stellen und Bewerber in Verbindung mit den heutigen Prüfungsergebnissen festgestellt wird. Dabei blieben die seelischen, körperlichen und beruflichen Nachteile, die dem Spätheimkehrer durch die langdauernde Gefangenschaft zugefügt worden sind, unberücksichtigt. Fordert das Leistungsprinzip auch hier die fachliche Mindestqualifikation des Bewerbers, so wird es durch den Sozialstaatsgrundsatz dahingehend eingeschränkt, daß ihm ein Bonus zum Ausgleich für die in Erfüllung seiner Staatsbürgerpflicht erlittenen Nachteile eingeräumt wird (17).

Ähnlich muß die Situation der Schwerbeschädigten gesehen werden. Es wäre unsozial, würde der Staat Menschen, die infolge eines körperlichen Gebrechens in ihrer Erwerbsfähigkeit behindert sind, ungeschützt dem Wettbewerb des Arbeitsmarktes ausliefern. Gleichgültig ob ein Schwerbeschädigter nur für bestimmte Arbeiten einsetzbar ist

---

17) M.E. inkonsequent insoweit das BVerwG (E 6, S. 347, 350), das eine höhere Einschätzung der Persönlichkeit aufgrund der Erlebnisse und Erfahrung und der darin liegenden Bewährung annimmt und so eine Beeinträchtigung des Leistungsprinzips ablehnt. Das Leistungsprinzip begnügt sich indessen in uneingeschränkter Geltung nicht mit dem Bestehen der erforderlichen Prüfung (so aber: BVerwG aaO), sondern verlangt die Auslese des Besten.

oder aufgrund seines Gebrechens nur eine verminderte Arbeitszeit verkraften kann, er wäre wohl stets dem Gesunden unterlegen. Wenn aber der Gesetzgeber privaten Arbeitgebern die Beschäftigung von Schwerbeschädigten zu einem bestimmten Prozentsatz vorschreibt (18), kann der Staat sich dieser sozialen Pflicht bezüglich seiner eigenen Bediensteten nicht entziehen.

Im Gegensatz zum Beispiel des Spätheimkehrers wird der Leistungsgrundsatz beim Schwerbeschädigten bezüglich der Befähigung des Bewerbers volle Geltung beanspruchen können, bezüglich der Eignung, insbesondere der körperlichen Eignung, wird der Dienstherr aber Nachsicht walten lassen müssen. Eine Minderung der Arbeits- und Verwendungsfähigkeit muß - unter Beschränkung des Leistungsprinzips - berücksichtigt werden (19).

Die Beobachtung sozialer Gesichtspunkte findet aber dort ihre Grenze, wo die Einstellung in den öffentlichen Dienst bloßer Akt der Wiedergutmachung ist. Sicher darf von Altersgrenzen dispensiert, zum Ausgleich erlittener Nachteile ein Bonus gewährt oder die beschränkte körperliche Einsatzfähigkeit nachgesehen werden. Die soziale Benachteiligung des Bewerbers darf aber nicht seine einzige Qualifikation darstellen, so daß er absolut verwendungsunfähig ist. Im übrigen versteht es sich von selbst, daß z.B. eine körperliche Beeinträchti-

---

18) Vgl. § 4 I SchwbG.

19) Vgl. § 11 III BLV.

gung die amtsspezifische Leistungsfähigkeit des Beamten nicht ausschließen darf. Ein gesundheitsbeschädigter Bewerber kommt deshalb nur für solche Positionen in Betracht, bei denen der Mangel nicht von ausschlaggebender amtselementarer Bedeutung ist.

Sieht der Gesetzgeber in Erfüllung seiner sozialen Verpflichtung von einer uneingeschränkten Anwendung des Leistungsgrundsatzes zugunsten bestimmter Personengruppen ab, so erkennt er damit gleichzeitig das Leistungsprinzip in seiner grundsätzlichen Geltung an (20). Insoweit ist eine Einschränkung oder Durchbrechung des Leistungsprinzips durch den Grundsatz der Sozialstaatlichkeit (21) verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Anderes muß jedoch für spezielle soziale Erwägungen gelten. Der Bewerber darf nicht deshalb in den öffentlichen Dienst eingestellt werden, weil seine Frau unheilbar krank ist oder das zwölfte Kind erwartet. Solche Umstände können allenfalls zum Tragen kommen, wenn die Beurteilung der Leistung sämtlicher Bewerber keine klare Entscheidung erbringen kann.

Spezielle Sozialerwägungen sind dem Leistungsprinzip eindeutig subsidiär (22).

---

20) Neeße, Leistungsgrundsatz, S. 85; Schick, JZ 1970, S. 450.

21) Art. 20 I GG; vgl. auch Art. 79 III GG.

22) Leisner, Grundlagen, S. 72; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 28.

2. Leistungsgrundsatz - landsmannschaftliches Prinzip

Ungeklärt ist das Verhältnis des Leistungsgrundsatzes des Art. 33 II GG zu dem landsmannschaftlichen Prinzip des Art. 36 I GG (1).

Dieses schreibt vor, daß bei den obersten Bundesbehörden Beamte aus allen Ländern in angemessenem Verhältnis zu verwenden sind - Art. 36 I 1 GG: sog. Grundsatz der proportionalen föderalen Parität (2); Personen, die bei anderen Bundesbehörden beschäftigt werden, sollen in der Regel aus dem Lande genommen werden, in dem sie tätig sind - Art. 36 I 2 GG: sog. Heimatprinzip (2).

Beide Sätze begründen keine subjektiven Berechtigungen der in Betracht kommenden Bewerber auf Einstellung bei einer Bundesbehörde (3), aber eine objektive Bindung des Bundes und einen daraus resultierenden Rechtsanspruch der Länder auf Verwirklichung dieser föderalen Grundsätze (4). Dadurch tangieren sie das Leistungsprinzip.

---

1) Vgl. die widersprüchlichen Darstellungen von Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22, Art. 36 Rn. 7 und Art. 36 Rn. 9.

2) Begriffe von: Giese, Grundgesetz, Art. 36 Anm. II 2, 3; vgl. auch bei: Maunz, Staatsrecht, S. 321; Grabendorff, DÖV 1952, S. 301 f; Jess, in: BK, Art. 36 n.F. Anm. II 2; v. Mangoldt-Klein, S. 848.

3) V. Mangoldt-Klein, S. 849; Maunz, in: M-D-H Art. 36 Rn. 4.

4) V. Mangoldt-Klein, S. 848; Maunz, in: M-D-H Art. 36 Rn. 4; nur politischen Anspruch bejaht v. Stralenheim, DÖV 1951, S. 629.

Ihren historischen Sinn beziehen sie aus der preußischen Praxis, durch Besetzung wichtiger Verwaltungsposten mit preußischen Beamten die Machtverhältnisse nach und nach zugunsten Preußens zu verschieben (5).

Indem Art. 36 I 1 GG die Verwendung von Beamten aus allen Ländern bei den obersten Bundesbehörden vorschreibt, soll eine Bevorzugung von Beamten (6) aus dem näheren Umkreis des Behördensitzes vermieden werden (7). Art. 36 I 1 GG scheint damit einen Schritt zur Verwirklichung des gleichen Indigenats (Art. 33 I GG) zu tun und auch den gleichen Zugang aller Deutschen zu jedem öffentlichen Amt zu realisieren.

Diese Betrachtung wäre jedoch vordergründig, da sie die Kehrseite dieser Gleichheit nicht erkennt. Indem Art. 36 I 1 GG einen föderativen Proporz postuliert, schränkt er die reine Leistungsentscheidung ein und setzt diese hinter eine Vorauswahl nach föderalen Gesichtspunkten (8): Zunächst muß gefragt werden, aus welchem Land

---

5) Vgl. auch Matz, JöR n.F. 1, S. 332.

6) Nicht notwendig Landesbeamter; vgl. Dennewitz, in: BK, Art. 36 Anm. II 2.

7) Grabendorff, DÖV 1952, S. 302.

8) A.A.: v. Stralenheim (DÖV 1951, S. 630 f), es könne sich nicht um bindende feste Prozentsätze handeln, da das Eignungsprinzip des Art. 33 II GG "im Interesse der Bundesverwaltung nicht eingeengt werden dürfe"; es müsse einer Bundeszentralbehörde offenstehen, einen besonders befähigten Beamten aus einem Lande auch dann einzustellen, wenn der prozentuale Anteil dieses Landes schon erfüllt sei.

der Beamte genommen werden muß (9), um eine Verwendung von Beamten aus allen Ländern 'in angemessenem Verhältnis' sicherzustellen, erst dann kann nach dieser föderalen Vorauslese die von Art. 33 II GG vorgeschriebene Leistungsauslese stattfinden (10).

In ähnlicher Weise, mit umgekehrtem Vorzeichen, sollen nach Art. 36 I 2 GG bei den übrigen Bundesbehörden Bewerber in der Regel aus dem Land genommen werden, in dem sie tätig sind (11). Hier wird ebenfalls eine Vorauswahl nach föderativen Gesichtspunkten getätigt, wenn auch unter der schwächeren Stringenz der Soll-Vorschrift.

Damit wird auf eine Auslese nach Eignung und Befähigung der Bewerber nicht verzichtet. Art. 36 I GG schränkt aber den Kreis der Bewerber ein, die für die Auswahl nach Art. 33 II GG in Betracht kommen. Mit einer Eingrenzung des Bewerberangebots ist jedoch zwangsläufig auch das Leistungsprinzip in seinem Wirkungsbereich eingeengt. Das gilt lediglich nicht für den Zufall, daß gerade das Land, dessen föderale Berücksichtigung Art. 36 I GG fordert, den besten Bewerber hat.

---

9) Vgl. hierzu auch: Vereinbarung der Bundesregierung und der Landesregierungen über den Beamtenersatz bei den obersten Bundesbehörden (GMBl. 1954, S. 414).

10) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22.

11) Die Bewerber brauchen keineswegs Landesangehörige zu sein. Ule, Öffentlicher Dienst, S. 587; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Rn. 2.

Zum Teil wird Art. 36 I GG als lex specialis zu Art. 33 II GG gesehen (12), zum Teil als ausdrückliche Durchbrechung gewertet (13), zum Teil wird eine Durchbrechung des Leistungsprinzips gänzlich geleugnet, da Art. 36 I GG gleiche Leistung der Bewerber voraussetze (14).

Die letztgenannte Auffassung kann der Bedeutung und dem Ziel des Art. 36 I GG nicht gerecht werden. Bereits die - wenn auch rein hypothetische - Möglichkeit, daß die zur Verfügung stehenden Bewerber des proporzgemäß zu berücksichtigenden Landes sämtlich leistungsschwächer sind als Bewerber anderer Länder, aber dennoch gemäß Art. 36 I 1 GG kein Beamter eines anderen Landes genommen werden dürfte, es sei denn unter Verletzung des Art. 36 I GG, zeigt die Unrichtigkeit dieser These.

---

12) So: Maunz, Staatsrecht, S. 321; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2; Schlochauer, Öffentliches Recht, S. 46.

13) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22 (für Art. 36 I 2 GG); v. Mangoldt-Klein, S. 807; Nawiasky, Grundgedanken, S. 125; Grabendorff, DÖV 1952, S. 303; Anschütz, WRV Art. 16 Anm. 4, S. 126; Finger, Staatsrecht des deutschen Reichs, S. 213; Fischbach, BBG, S. 241; gemilderte Auffassung: Leisner, Grundlagen, S. 70 (keine unerträgliche Beschränkung); Stier-Somlo, Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, S. 419; Krüger, Leistungsprinzip, S. 6 FN 4.

14) Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 19; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 29; v. Stralenheim, DÖV 1951, S. 630 f; so wohl auch Maunz, in: M-D-H Art. 36 Rn. 7 (für Art. 36 I 1 GG) und Rn. 9.

Auf Art. 36 I 2 GG angewendet, wird sie schlechthin sinnlos: Die Ablehnung der Beförderung eines Saarländers zum Bundesbahnobersekretär bei der Bundesbahndirektion Saarbrücken allein deshalb, weil bei der entsprechenden Behörde in Hamburg oder München ein geeigneterer Sekretär vorhanden ist, widerspräche Art. 36 I 2 GG und wäre zudem wegen der Immobilität der Beamten insbesondere der unteren Laufbahnen wirklichkeitsfremd.

Art. 36 I GG verlangt keinen Leistungsvergleich zwischen Bewerbern aus verschiedenen Ländern (15), sondern begrenzt den Kreis der Bewerber vorab auf Beamte aus einem bestimmten Land. Darin muß eine Einschränkung des Leistungsprinzips gesehen werden (16).

Es geht auch nicht an, mit Art. 36 I GG die Zulässigkeit des sonst verpönten Gesichtspunkts der Herkunft als besonderen Eignungskriteriums zu begründen (17).

Ohne daß darauf eingegangen zu werden brauchte, an welche Faktoren Art. 36 I GG anknüpft, wenn er von der Landeszugehörigkeit der Bewerber ausgeht, und ob er damit Herkunft oder Heimat oder Abstam-

---

15) So aber: Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 19; Niedermaier, in: GKÖD K § 8 Rn. 29.

16) Vgl. Nachweise in FN 12 und 13.

17) So: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22.

mung oder Rasse iSd Art. 3 III GG oder andere Bindungen mit dem Land meint (18), ohne daß es hierauf ankäme, können die föderalen Prinzipien des Art. 36 I GG keine Eignungsmerkmale iSd Art. 33 II GG begründen.

Art. 33 II GG erhebt die Leistung des Bewerbers zum Auslesegrundsatz; damit knüpft die Verfassung ersichtlich an Voraussetzungen und Gegebenheiten an, die in der Person des Bewerbers begründet liegen (19); das mag auch auf Merkmale wie Herkunft, Heimat u.a. zutreffen, nicht jedoch auf das Merkmal der Landeszugehörigkeit unter dem Blickwinkel des Art. 36 I GG; Art. 36 I GG hat die Landeszugehörigkeit unter föderalem Aspekt im Auge, nicht die Herkunft als persönliches Merkmal des Bewerbers.

Herkunft als Persönlichkeits- und Differenzierungsmerkmal iSd Art. 33 II GG ist als Eignungsaspekt von Verfassungs wegen verboten (Art. 33 II, 3 III GG). Wenn Art. 36 I GG aus föderalen Erwägungen auf die Landeszugehörigkeit für die Besetzung der Stellen bei Bundesbehörden abstellt, setzt er sich in Widerspruch zu Art. 33 II GG.

Art. 36 I GG regelt nicht einen Teil der Eignungsauslese specialiter. Er läßt nicht ein grundsätzlich verpöntes Persönlichkeits-Eignungs-Merkmal für einen bestimmten Fall zu. Er regelt ein aliud und postuliert hierfür eigene Grundsätze: die Prinzipien der proportionalen

---

18) Vgl. hierzu: v. Stralenheim, DÖV 1951, S. 629 f; Grabendorff, DÖV 1952, S. 301 ff; sowie die einschlägigen Kommentierungen.

19) Vgl. hierzu: oben "Eignung" I, 1.

föderalen Parität bei obersten Bundesbehörden (Art. 36 I 1 GG) und der Heimat für die übrigen Bundesbehörden (Art. 36 I 2 GG).

Da Art. 36 I GG für die Besetzung bestimmter Ämter, nämlich bei Bundesbehörden, einen zusätzlichen (vorgeschobenen) Auswahlmodus festschreibt, ohne damit letztlich die Auslese des Favoriten abzuhandeln, muß nach allgemeinen methodischen Grundsätzen gefolgert werden, daß Art. 36 I GG im Wege der Vorauslese den Kreis der anstehenden Bewerber bestimmt, während Art. 33 II GG die Auslese des Besten aus diesem Kreis regelt.

Die Herkunft aus einem bestimmten Land ist in Art. 36 I GG nicht nur als Differenzierungskriterium zugelassen, sondern vorgeschrieben (20). Für die Besetzung der Bundesbehörden gemäß Art. 36 I GG wird der Leistungsgrundsatz nicht durch das landsmannschaftliche Prinzip iSd lex specialis völlig verdrängt, sondern nur zurückgedrängt. Der landsmannschaftlichen Zugehörigkeit des Beamten wird Priorität vor dem Leistungsprinzip eingeräumt. Hat die vorgelagerte Grobauslese gemäß Art. 36 I GG den Kreis der Bewerber eingegrenzt, so findet die Leistungsauslese des Art. 33 II GG innerhalb dieser Gruppe statt (21).

Es erscheint deshalb weder gerechtfertigt von einer lex specialis noch von einer Durchbrechung des Art. 33 II GG durch Art. 36 I GG zu sprechen. Vielmehr handelt es sich lediglich um eine Ein-

---

20) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22.

21) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 22; Leisner, Grundlagen, S. 70.

schränkung des primären und absoluten Geltungsanspruchs des Leistungsprinzips durch die vorrangige Berücksichtigung landsmannschaftlicher Aspekte bei der Personalauslese der Bundesbehörden (22).

Diese Einschränkung des Leistungsprinzips durch Art. 36 I GG begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Sie rechtfertigt sich durch die höchstrangige Grundentscheidung des Grundgesetzes für den Föderalismus (23).

---

22) So auch: Fischbach, BBG, S. 241.

23) Leisner, Grundlagen, S. 70; v. Mangoldt-Klein, S. 807, 848; Nawiasky, Grundgedanken, S. 125.

Drittes Kapitel:

Der Rechtsschutz des Bewerbers

Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung in Art. 33 II GG für den Zugang zum öffentlichen Dienst nach Leistung muß als bloßes Verfassungspostulat abgetan werden, sofern ihm die Durchsetzung im Rechtswege fehlt. Erst der Rechtsschutz des Bewerbers um ein Amt im öffentlichen Dienst kann der grundgesetzlichen Forderung nach Verwirklichung des Leistungsprinzips den Nachdruck verleihen, der sie aus dem "Dornröschenschlaf" eines Internums - einer rechtlichen Verinnerlichung - erweckt und zu unmittelbar geltendem Recht erhebt. Nur dann kann der Bewerber, der unter Verstoß gegen das Leistungsprinzip abgewiesen wurde, durch "öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt" sein und nach Art. 19 IV GG die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung verlangen.

Erster Abschnitt

Das Recht des Bewerbers auf Zugang zum öffentlichen Dienst nach Leistung gemäß Art. 33 II GG

- materiellrechtliche Grundlagen des Rechtsschutzes -

Nach fast einhelliger Meinung in Schrifttum und Literatur ist Art. 33 II GG unmittelbar geltendes Recht.

Diese Aussage ist indessen zu farblos, als daß ohne Vorabklärung ihres Gehalts auf die prozessuale Realisierung dieses "Rechts" eingegangen werden könnte. Gerade auch die Autoren und Gerichte, die die 'Rechts'-Qualität des Leistungsprinzips grundsätzlich bejahen, ziehen die Konsequenzen aus dieser Aussage höchst unterschiedlich.

Die Beantwortung der Frage nach den prozessualen Möglichkeiten eines Bewerbers, der die Verletzung des Art. 33 II GG zu beklagen hat, kann erst beantwortet werden, wenn die Qualität seines Rechts aus Art. 33 II GG feststeht, da Zulässigkeit und Erfolgsaussicht jeder Klage notwendig von der Reichweite der Anspruchsgrundlage bestimmt wird.

Es ist deshalb im folgenden zunächst die materielle Seite des Rechtsschutzes zu untersuchen, um im Anschluß hieran die prozessualen Gestaltungsmöglichkeiten aufzuzeigen.

A. Die Rivalität staatsorganisatorischer und individualrechtlicher Interessen

Freiheit oder Bindung des Dienstherrn bei der Auslese der Bewerber ist ein Problem zweifacher Komplexität:
Auf der einen Seite steht die dienstherrliche Verantwortung für die Organisation des öffentlichen Dienstes, auf der anderen das Individualinteresse des Bewerbers auf Zugang zum öffentlichen Dienst. Aus dieser Doppelschichtigkeit kann die Frage nach dem rechtswegbewehrten Durchsetzungsvermögen eines Bewerbers eine Antwort nur herleiten, wenn die staatsorganisatorische Macht des Dienstherrn überhaupt eine Möglichkeit für die Beachtung und gegebenenfalls klageweise Verwirklichung von rechtlich beachtlichen Individualinteressen des Bewerbers offen läßt.

Ist der Dienstherr bei der Besetzung von Ämtern des öffentlichen Dienstes in seiner Allmacht der Auslese des Favoriten unbeschnitten, bleibt für eine Klage des benachteiligten Bewerbers kein Raum, da seine Interessen im Stadium des Rechtsreflexes erstarrt sind und ihm kein Recht gewähren, dessen Verletzung er geltend machen könnte.

So hat von jeher bis heute Schrifttum wie Rechtsprechung keine rechtliche Handhabe gegen die Verletzung des Rechts auf gleichen Zugang gesehen. Verständlich aus der monarchischen Vorstellung, daß die Unverletzlichkeit des Königs es verbiete, ihn wegen eines Rechts-

verstoßes zur Rechenschaft zu ziehen, mußte die Vorschrift als lex imperfecta akzeptiert werden (1).

Um so fraglicher ist es, ob die gleiche Ohnmacht dieses Verfassungssatzes auch nach dem Untergang der Monarchie mit dem Argument besiegelt werden kann, niemand habe einen Anspruch auf ein bestimmtes Amt und daher könne auch niemand die Beachtung der verfassungsmäßigen Auswahlprinzipien verlangen (2).

Diese Auffassung war zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes im Rechtsdenken seiner Schöpfer so tief verwurzelt, daß der Redaktionsausschuß die Streichung der vom Grundsatzausschuß in vager Anlehnung an Art. 128 WRV ausgearbeiteten Bestimmung empfohlen hatte, da sie einen klagbaren Anspruch doch nicht begründe. Erst der Einwand des Abgeordneten von Mangoldt, auch die Grundrechte der Vereinten Nationen kennten das Recht auf ein öffentliches Amt, vermochte diese Vorschrift bei knapper Stimmenmehrheit zu erhalten (3).

Diese Odeur geheimnisvoller Unerforschbarkeit der Personalauslese verbunden mit dem strikten Ausschluß jeglicher Nachprüfbarkeit haftet auch heute noch merklich dem an, was kurzerhand mit "Personalwesen" umschrieben und schon damit weitgehend tabuisiert wird.

---

1) Meyer-Anschütz, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, S. 247, 506.

2) Vgl. Anschütz, WRV 14, Art. 128 Anm. 2.

3) Vgl. JöR 1 n.F., S. 310.

Ob diese Auffassung weiterhin gehalten werden kann, muß deutlich in Frage gestellt werden. Beschränkt sich die Staatsorganisationsgewalt des Dienstherrn nämlich auf das "Ob" der Besetzung öffentlicher Ämter, bleibt die Überlegung gestattet, ob nicht nur der Dienstherr das "Wie" bzw. "An Wen" der Vergabe einer Stelle nach dem Leistungsgrundsatz zu entscheiden hat, sondern auch der Bewerber die Beachtung der Ausleseprinzipien verlangen und gegebenenfalls im Klagewege erstreiten kann.

I. Die staatsorganisatorische Sicht des Zugangs zum öffentlichen Dienst

1. Die Organisationsgewalt

Ausgangspunkt jeder Untersuchung des Zugangs zum öffentlichen Dienst aus staatsorganisatorischer Sicht muß die Organisationsgewalt sein als elementarer Ausfluß der Staatsgewalt, die auch ohne ausdrückliche Zuerkennung dem obersten Leiter staatlicher Exekutive zusteht (1).

In diesem weiten Sinne muß die Organisationsgewalt als die Kompetenz beschrieben werden, Glieder und Organe zu bilden, zu errichten, ein-

---

1) Forsthoff, Verwaltungsrecht 10, S. 434; BVerfGE 2, S. 307, 319; BVerwGE 36, S. 91, 94; BVerfG, DVBl. 1959, S. 620, 621.

zurichten, zu ändern oder aufzuheben, ihre Zuständigkeiten abzugrenzen und ihre innere Ordnung zu regeln sowie ihre persönliche und sachliche Ausstattung zu bestimmen (2).

Vorliegend interessiert sie als unmittelbarer Ausfluß der Hoheitsgewalt des Staates (3) allein unter dem personellen Aspekt. Wenn auch hervorgegangen aus dem königlichen und landesherrlichen Recht, 'zu Ämtern und Würden zu ernennen' (4), wird die Organisationsgewalt heute nicht mehr als Oberbegriff der Personalhoheit erkannt; eine nahe Verwandtschaft ist jedoch nicht zu leugnen (5).

2. Die Personalhoheit

Der Begriff der Personalhoheit bezeichnet das Recht, Beamte auszuwählen, anzustellen, zu befördern und zu entlassen (1) - ein Recht, das in Bund und Ländern so selbstverständlich als wesentlicher Teil der Regierungsgewalt zugeordnet wird, daß es an den Grundfesten des demokratischen Rechtsstaates rütteln hieße, die Entscheidung über

---

2) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 78; Maunz, Staatsrecht 20, S. 378; Isensee, JuS 1973, S. 270.

3) Schick, DVBl. 1975, S. 742.

4) Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 78 I a; Forsthoff, Verwaltungsrecht 10, S. 433; Maunz, Staatsrecht 20, S. 377; Schick, DVBl. 1975, S. 742; Herzog, Allgemeine Staatslehre, S. 95 f.

5) Vgl. insbesondere Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 78 I a.

1) BVerfGE 17, S. 172, 182; 9, S. 268, 282 f; 7, S. 358, 364; 8, S. 332, 359; VGH NRW, OVGE 10, S. 282, 286.

Personalangelegenheiten einer anderen Instanz mit Bindungswirkung für die Regierung zu übertragen und diese damit ihrer Verantwortlichkeit zu entheben (2). Zugleich die zentrale Kompetenz in Bezug auf das vorliegende Problem.

Eine eigenverantwortliche Erledigung von Angelegenheiten ist ohne Herrschaft über das Personalwesen nicht durchsetzbar. So wird denn auch die Personalhoheit der Gemeinden als elementarer Bestandteil ihres Selbstverwaltungsrechts erkannt (3).

Sie darf nicht Dritten überantwortet werden, die der Regierung nicht verantwortlich sind. Solches wäre mit dem Prinzip des demokratischen Rechtsstaates im Sinne des Art. 28 I 1 GG nicht vereinbar (4). Mitbestimmungs- und Mitentscheidungsrechte anderer Instanzen, insbesondere des Personalrats, in personellen Angelegenheiten der Beamten sind mit den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums nicht in Einklang zu bringen (5).

---

2) BVerfGE 9, S. 268, 283 m.w.N.

3) Allg. Auff.; BVerfGE 17, S. 172, 182; 1, S. 167, 175; 8, S. 332, 359; 9, S. 268, 289; vgl. auch: Schick, DVBl. 1975, S. 742 m.w.N.

4) BVerfGE 9, S. 268, 283 f.

5) BVerfGE 9, S. 268, 287.

Die Personalhoheit des Dienstherrn regelt jedoch nur die Zuständigkeiten, wer über personelle Angelegenheiten der Beamten und Angestellten im öffentlichen Dienst zur Entscheidung berufen ist. Nach welchen Kriterien der Dienstherr seine Personalentscheidung zu treffen hat, kann hieraus nicht beantwortet werden. Insoweit ist er an Gesetz und Recht, insbesondere an die Verfassung, gebunden. Materielle Personalentscheidungsgrundsätze kann die Personalhoheit weder begründen noch ausschalten.

3. Die Dienstherrnfähigkeit

Das "Recht, Beamte zu haben" - wie § 121 BRRG die Dienstherrnfähigkeit in Kurzform umreißt - muß begriffssystematisch der Personalhoheit untergeordnet werden (1).

Da die Dienstherrnfähigkeit in ihrer Ableitung von der Personalhoheit in ihrem materiellen Gehalt nicht über diese hinausgehen kann, vermag sie ebenfalls keine Aussage über die hier interessierende materielle Ausgestaltung der Personalentscheidung und ihrer Grundsätze zu machen.

4. Das Beamtenernennungsrecht

Als notwendiges Kombinat der Dienstherrnfähigkeit nimmt das Beamtenernennungsrecht die innerstaatliche Kompetenzverteilung vor.

---

1) Schick, DVBl. 1975, S. 742; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 109 II a.

Wenn auch die materielle Mitwirkung des für die Ernennung der Beamten zuständigen Organs heftig umstritten ist (1), so steht doch jedenfalls fest, daß ein materielles Prüfungs- und gegebenenfalls Verwerfungsrecht seine Kriterien nur in der Verfassung finden kann und an sie gebunden ist (2).

5. Folgerungen aus der rein staatsorganisatorischen Sicht des Zugangs zum öffentlichen Dienst

Die Beleuchtung der staatsorganisatorisch mit dem Zugang zum öffentlichen Dienst in Zusammenhang stehenden Gewalten und Rechte hat die Untersuchung nur im Sinne einer Negativ-Feststellung gefördert: Die Frage nach der Bindung oder Freiheit des Staates in Personalentscheidungen seiner Bediensteten ist unentschieden geblieben.

Daraus folgt, daß diese Gesichtspunkte keine eigengesetzlichen Auswahlmaßstäbe begründen, sondern auf die Regelung der staatlichen Organisation beschränkt und im übrigen an die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen gebunden sind.

---

1) V. Mangoldt-Klein, S. 1178; Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, S. 20 ff.

2) V. Mangoldt-Klein, S. 1178; Maunz, in: M-D-H Art. 60 Rn. 2; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 262 f; Schick, DVBl. 1975, S. 742; Maunz und Klein (aaO) bejahen ausdrücklich die Bindung an Art. 33 GG.

Das Organisationsrecht des Staates und seine Personalhoheit über den öffentlichen Dienst sind in ihrer Regelungsgewalt auf den organisatorischen Aufbau des öffentlichen Dienstes und seine personelle Struktur beschränkt. Ihr Ausfluß ist die Entscheidung, ob Bedienstete eingestellt werden sollen, welche Aufgaben sie wahrnehmen sollen und dementsprechend ob Beamte oder Angestellte zu verwenden sind (1).

Ist diese Vorabentscheidung gefallen, muß das Bewerberangebot gesichtet und derjenige ausgewählt werden, der in den öffentlichen Dienst aufgenommen werden soll. Unzweifelhaft ist der Staat auch aus organisatorischen Gründen, die Leistungsfähigkeit der Verwaltung zu optimieren, gehalten, die Auslese nach den Leistungskriterien des Art. 33 II GG zu gestalten. Das wurde bereits oben untersucht und bejaht (2).

---

1) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; Stern, Verfassungstreue, S. 27; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585; Tietgen, Zugang, S. 348 f; ders., DVBl. 1963, S. 514; Schack, ZBR 1961, S. 230 (FN 73); BVerwGE 15, S. 3, 7.

2) In diesem Sinne folgerte schon 1788 Sebastian Malacord in seiner Göttinger Dissertation, das Recht, Staatsdiener anzustellen, sei ein Hoheitsrecht des Regenten, welches dem Staatszweck gemäß gehandhabt werden müsse, es sei ein Majestätsrecht, das vom Regenten nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Staates ausgeübt werde, auch nicht im eigenen Interesse, sondern in Rücksicht auf das allgemeine Wohl zu handhaben sei (nach: Tietgen, Zugang, S. 341).

Für die gerichtliche Durchsetzbarkeit der Beachtung des Leistungsprinzips sagt dieses Verfassungspostulat indessen solange nichts aus, als es ein reines Verwaltungsinternum bleibt und allenfalls einen Rechtsreflex in den Außenbereich - die Rechtssphäre des Bewerbers - entsendet. Solange der Bewerber lediglich dem Wohlverhalten der öffentlichen Machthaber anempfohlen ist, bleibt seine staatsbürgerliche Rechtsstellung mangelhaft (3).

Die staatsorganisatorische Seite des Zugangs zum öffentlichen Dienst kann also ein klagweise durchsetzbares Recht des Bewerbers nicht begründen, sie schließt aber auch einen Rechtsschutz nicht von vornherein aus (4).

Es bleibt deshalb zu untersuchen, ob dem Leistungsprinzip des Art. 33 II GG neben der Anweisung an die Staatsorgane, es bei der Bewerberauswahl zu beachten, auch die Qualität eines Individualrechts zukommt, dessen Verletzung der Bewerber gerichtlich angreifen kann.

II. Die individualrechtliche Sicht des Zugangs zum öffentlichen Dienst

Kardinalpunkt jeder Überlegung zum verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz ist die Rechtsbeeinträchtigung des potentiellen Klägers -

---

3) Tietgen, Zugang, S. 326.

4) In diesem Sinne wohl auch: Isensee, JuS 1973, S. 270.

kurz: sein Recht. Gleichviel welche prozessuale Gestaltung der Klage das erstrebte Ziel am besten erreicht, Voraussetzung ist stets, daß die Auslese unter Verstoß gegen Art. 33 II GG den Bewerber um das Amt - und gerade ihn - in seinen Rechten verletzt.

Zwei Sätze markieren den Stand der Diskussion um dieses Kernproblem des Art. 33 II GG und spalten anscheinend die Auffassungen in zwei feindliche Lager:

1. Art. 33 II GG gewährt ein subjektives Recht und bezweckt - auch - den Schutz von Individualinteressen (1).
2. Art. 33 II GG gewährt keinen Anspruch auf ein öffentliches Amt (2).

Während erstere die subjektive Rechtsqualität des Art. 33 II GG zwar bejahen, deren Umfang jedoch meist nicht klar abgrenzen, scheuen die anderen schon vor diesem Schritt zurück, aus der mehr oder weniger offen zutage tretenden Überlegung, 'wo kämen wir da hin' (3), in panischer Angst, mit der Bejahung eines subjektiven Rechts schon die Einklagbarkeit konkreter Ernennungs- oder Beför-

---

1) Tietgen, Zugang, S. 338; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 2 und 17; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Anm. III.

2) So insbes. die Rspr.: BVerwG, MDR 1962, S. 503; RGZ 103, S. 429, 430; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 257; BVerwGE 15, S. 3, 4 f; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 60.

3) Vgl. z.B.: RGZ 146, S. 369, 375.

derungsansprüche unterschrieben zu haben (4); eine Angst, die selbst Widersprüche in der eigenen Aussage übersehen läßt, indem zwar einerseits zugestanden wird, der Bewerber habe ein Recht auf fehlerfreie und sachliche Entscheidung, bei dessen Verletzung er die Verwaltungsgerichte anrufen könne (5), andererseits aber geleugnet wird, die Beachtung des Leistungsgrundsatzes obliege dem Dienstherrn als Amtspflicht auch gegenüber dem Bewerber (6).

Welchen Sinn kann dann ein Verfassungssatz noch haben, der jedem Deutschen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung verspricht?

1. Das Recht auf Bewerbung

Einigkeit besteht in Rechtsprechung und Literatur, daß Art. 33 II GG ein Recht auf Bewerbung gewährt (1).

---

4) Vgl. z.B.: v. Mangoldt-Klein, S. 805: "einerseits ist das Recht der Anstellungsorgane ... auf freie Auswahl unter den befähigten Bewerbern um ein öffentliches Amt durch die Vorschrift (sc. Art. 33 II GG) nicht geschmälert, andererseits gibt das gleiche Zugangsrecht zu jedem öffentlichen Amte dem einzelnen Bewerber zwar die - grundrechtliche - Befugnis, sich zu bewerben, nicht aber einen Anspruch auf Übertragung eines öffentlichen Amtes".

5) Wiedow, in: P-W-B, § 8 Rn. 21.

6) Wiedow, in: P-W-B, § 8 Rn. 20.

1) BVerwGE 2, S. 151, 153; BVerwG, MDR 1962, S. 503; BGHZ 23, S. 36, 42 f; BayVerfGH, DÖV 1966, S. 715, 717; Eschenburg, Staat und Gesellschaft in Deutschland, S. 408; Jess, in: BK, Art. 33 Anm. II 3; Ipsen, Gleichheit, S. 193 f; v. Mangoldt-Klein, S. 805; Niedermaier, in: GKÖD K § 5 Rn. 13.

Es klingt nach landesherrlichem Gnadenakt und kann auch mit dem Datum der Entscheidung vom 20. Juli 1966 nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Väter des Gedankens in früheren Jahrhunderten zu suchen sind, wenn der Bayerische Verfassungsgerichtshof judiziert, die Verfassungsbestimmungen (2) "gestatten jedem Deutschen, sich ohne Rücksicht auf sein Bekenntnis zu bewerben" (3).

Unter der Geltung des Grundgesetzes bleibt aus solcher Auffassung nur eine Folgerung zu ziehen: Art. 33 II GG ist gänzlich inhaltslos - seine Streichung wäre für unsere Verfassung kein Verlust.

Kaum verwunderlich, daß diese Folgerung von zahlreichen Autoren auch tatsächlich gezogen wird und mit einem Hinweis auf die praktische Bedeutungslosigkeit der Vorschrift fundamentiert wird (4), als sei nichts selbstverständlicher als überflüssige Verfassungssätze.

Ein gleiches Recht der Bewerbung hätte indessen keiner Absicherung in Art. 33 II GG bedurft. Sowohl Art. 17 GG (5) als auch das Grundrecht auf allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) in Verbindung

---

2) Die Entscheidung bezieht sich auf Art. 116, 107 IV BayLV, die mit Art. 33 II, III GG inhaltsgleich sind.

3) BayVerfGH, DÖV 1966, S. 715, 717; ähnlich: v. Mangoldt-Klein, S. 805.

4) So: v. Mangoldt-Klein, S. 805; Ipsen, Gleichheit, S. 193.

5) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 16; Schick, ZBR 1975, S. 5 FN 18.

mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG hätten diese Freiheit gestattet (6); ein Einwand, den bereits die Entstehungsgeschichte dieser Verfassungsnorm aufzeichnet (7). Sollte sie ihr Überleben wirklich nur dem Formal-Argument des Abgeordneten v. Mangoldt zu verdanken haben, das Recht auf ein öffentliches Amt spiele auch in den Grundrechten der Vereinten Nationen "eine gewisse Rolle"; es erscheine unzweckmäßig, "das hier wegzulassen" (8).

Aus diesen Überlegungen drängt sich die Folgerung auf, daß Art. 33 II GG mehr bedeuten muß als nur ein Recht, sich zu bewerben. Schließlich steht das Recht auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern in einer Reihe mit dem Wahlrecht, der Wahlfreiheit u.a. - nur hat dort noch niemand aus der Ermangelung eines Anspruchs auf ein Abgeordnetenmandat den logischen Schluß gezogen, der Wahl könne sich zwar jeder stellen, auf Einhaltung des Wahlverfahrens habe indessen niemand ein - prüffähiges und durchsetzbares - Recht.

Vielleicht mag bei dem Bestreben, den sinnvollen Rechtsgehalt der Verfassungsvorschrift zu ermitteln, sogar der Umstand einen Anhalt bieten, daß Art. 33 II GG ein 'Deutschenrecht' ist, während ein bloßes Recht auf Bewerbung sowohl aus Art. 17 GG wie auch aus Art. 2 I und 3 GG für 'jedermann' folgen würde.

---

6) So auch: v. Hippel, DVBl. 1972, S. 14.

7) Abg. Eberhard in der Zweiten Lesung im Hauptausschuß, vgl. Doemming-Füßlein-Matz, JöR n.F. 1, S. 312.

8) V. Mangoldt aaO.

2. Das Recht auf sachgerechte Beurteilung und fehlerfreie Ermessensausübung

Art. 33 II GG gibt mehr als ein bloßes Recht auf Bewerbung (1). Seine Bedeutung setzt erst bei der Behandlung der Bewerbung ein (2).

a) Das Recht auf sachliche, ermessensfehlerfreie Auslese

Wenn auch dem Bewerber grundsätzlich kein Rechtsanspruch auf Aufnahme in den öffentlichen Dienst zusteht (1), so kann er doch jedenfalls beanspruchen, daß die Anstellungsbehörde ihn nicht aus unsachlichen Gründen ablehnt (2).

Dieses Recht folgt bereits aus § 114 VwGO: Soweit der Behörde bei der Entscheidung über die Bewerbung Ermessen eingeräumt ist (3), hat der Bürger ein subjektives Recht auf rechtsfehlerfreie Ausübung

---

1) Schick, DVBl. 1975, S. 744; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 42.

2) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 16.

1) Vgl. oben II, FN 2.

2) So: BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; BVerwGE 19, S. 252, 254; Niedermaier, in: GKÖD K § 5 Rn. 13; Oppenheimer, ZBR 1971, S. 190, 192; Stern, Verfassungstreue, S. 27; a.A.: BVerwG, DVBl. 1968, S. 641, 642.

3) So die überw. Auffassung in Rspr. und Lit.; statt aller: Bachof, Verwaltungsgerichtliche Klage, S. 69.

dieses Ermessens (4).

Dieses formelle subjektive öffentliche Recht besteht freilich nur dann, wenn die gesetzliche Grundlage, die das Ermessen einräumt, zumindest auch den Schutz des Bürgers bezweckt (5). Dies kann für Art. 33 II GG umso weniger geleugnet werden, als sich hier öffentliches und privates Interesse decken, so daß beide Zwecke sich fördern und nicht befehden. Der Bewerber, der seinen Anspruch auf Einhaltung des Leistungsprinzips geltend macht, fördert zugleich die objektive Qualität des Staatshandelns; sein Rechtsanspruch garantiert die Grundsätze der Leistungsauslese.

b) Art. 33 II GG und sein Verhältnis zu Art. 3 und 12 GG

Eine Deutung des Art. 33 II GG als Ausprägung oder Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes kann nur zu einem Willkürverbot führen und schon deshalb Inhalt und Bedeutung der Vorschrift aus den oben dargestellten Gründen nicht gerecht werden (1).

Zwingend ergibt sich aber der individualrechtliche Schutzzweck der Zugangsgleichheit aus einer verfassungsrechtlichen Zusammenschau mit Art. 12 GG!

---

4) BVerwGE 4, S. 298, 300 f; BayVerfGH n.F. 10, S. 110; Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 188 f; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Rn. 8; Rüfner, DÖV 1962, S. 801; Schack, ZBR 1961, S. 225.

5) Bachof, JZ 1957, S. 434; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 114 Rn. 8; Rüfner, DÖV 1962, S. 801 f.

1) Vgl. auch: Schick, DVBl. 1975, S. 744; so aber: Isensee, JuS 1973, S. 270.

Für den Bereich des öffentlichen Dienstes wird die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG ausgeschlossen und durch die Zugangsgleichheit des Art. 33 II GG ersetzt. Diese Reduzierung des Freiheitsrechts zum Gleichheitsrecht schränkt zwar die Individualrechtssphäre beträchtlich ein, beläßt ihr aber einen wichtigen Teil, wenn auch in anderer Form: das Gleichheitsrecht, ebenso ein Individualrecht wie das Freiheitsrecht des Art. 12 GG!

Art. 33 II GG ist das Berufsgrundrecht des öffentlichen Dienstes! Er ist die Konkretisierung der Art. 3 und 12 GG (2)!

Gestützt wird diese Auffassung auch durch das Personalvertretungsrecht. § 70 PersVertrG begründet für den Personalrat die Befugnis, Einwendungen gegen eine Einstellung zu erheben, sofern der Verdacht besteht, daß andere Bewerber wegen ihrer Abstammung, Religion, Nationalität, Herkunft oder politischen Einstellung benachteiligt oder mit Rücksicht auf persönliche Beziehung bevorzugt werden sollen. Bereits aus der engen Anlehnung an die Kriterien des Art. 33 II u. III GG und der Aufgabe des Personalrats ergibt sich, daß hier individuelle Rechte der Bewerber geschützt werden sollen (3).

Damit ist die These, die sich ehedem allgemeiner Anerkennung erfreute, aus den Angeln gehoben, der Zugang zum öffentlichen Dienst nach Leistung erfolge ausschließlich im Interesse des Staates an

---

2) In diesem Sinne auch schon Tietgen, Zugang, S. 351; ders., DVBl. 1963, S. 515; Schick, DVBl. 1975, S. 745.

3) Tietgen, Zugang, S. 351 f; ders., DVBl. 1963, S. 515; Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 21.

einer bestmöglichen Besetzung seiner Planstellen (4). Auch in Schrifttum und Rechtsprechung neuerer Zeit setzt sich die Erkenntnis immer mehr durch (5), daß sich diese Auffassung bei einem Rechtsverständnis nicht mehr halten läßt, das zunehmend staatliche Machtausübung der gerichtlichen Kontrolle unterwirft (6).

Letztlich wird man mit einer Entmythologisierung des Beamtenstatus, insbesondere einem zeitgemäßen Verständnis des Alimentationsprinzips, nicht weiter die Augen davor verschließen können, daß auch die Möglichkeit der Ernennung, insbesondere aber der Beförderung (auch) Interessen des Bewerbers dienen soll und daß dieser

---

4) BVerwGE 15, S. 3, 6; BVerwG, ZBR 1966, S. 377, 379; DVBl. 1968, S. 641, 642; HessVGH, ZBR 1969, S. 174, 175; Menger, VerwArch 54 (1963), S. 295; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 60.

5) BVerwGE 19, S. 252, 255; BVerwG, VerwRspr. 19 Nr. 205, S. 795; BayVGH n.F. 10, S. 110; OVG Münster, ZBR 1967, S. 125, 126; OVG RhPf, RiA 1975, S. 98; Schick, ZBR 1967, S. 298; Tietgen, Zugang, S. 350; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; Solte, ZBR 1972, S. 110; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 42 f; Rüfner, DÖV 1962, S. 802; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2, S. 429; Schack, ZBR 1961, S. 225; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Anm. III; ders., Öffentlicher Dienst, S. 585; vgl. hierzu auch oben: "Leistungsprinzip - Leistungsfähigkeit" (2. Kap., B IV 3).

6) Bachof, Entwicklungstendenzen, S. 12; vgl. auch aus der höchstrichterlichen Rspr. jüngst das 'Radikalenurteil' des BVerfG (NJW 1975, S. 1641 ff).

Schutz privater Interessen vom Gesetzgeber gewollt ist (7).

Damit liegen die Voraussetzungen vor, dem Bewerber um Zugang zum öffentlichen Dienst ein Recht auf fehlerfreie Ermessensentscheidung zuzugestehen (8).

Nur die Begründung eines Rechtsanspruchs vermag sicherzustellen, daß die Vorschrift auch ihre staatsorganisatorischen Zwecke erreichen kann. Sie bindet das "freie" Auswahlermessen der Behörde an seine verfassungsmäßigen Kriterien und bestellt den Bewerber selbst zum Anwalt ihrer Interessen.

c) Die Leistungsauslese als Rechtsentscheidung

Das Leistungsprinzip des Art. 33 II GG verlangt für den Zugang zum öffentlichen Dienst die Auslese nach Eignung und Befähigung bzw. nach fachlicher Leistung (1). Damit schränkt die Verfassung (und nach ihr die einschlägigen Beamtengesetze) das Auswahlermessen durch erschöpfende Aufzählung der allein zulässigen Auslesemerkmale weit-

---

7) BVerwGE 19, S. 252, 255; Solte, ZBR 1972, S. 110; Stutzky, Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips, S. 63, 66. Zu den mutmaßlichen Hintergründen für die Verweigerung des Rechtsschutzes bei rechtswidriger Ernennung vgl. insbes. Solte, a.a.O., S. 115.

8) Eine ganz andere Frage ist die praktische Schwierigkeit, bei der Aufklärung des Sachverhalts die Beweggründe zu erforschen, die für die Entscheidung der Behörde letztlich ausschlaggebend waren. Vgl. insoweit den instruktiven Fall in BayVGH n.F. 10, S. 110.

1) Vgl. oben 2. Kap., B II u. III.

gehend ein: Solange die Liste der Bewerber nach Leistung in Platzziffern gestaffelt werden kann, ist für eine Ermessensbetätigung kein Raum (2).

Erst wenn die Einschätzung zweier oder mehrerer Bewerber einen Leistungsgleichstand der Besten bewirkt, hat die Behörde klassisches Ermessen in der Auswahl dessen, den sie ernennen will: das Leistungsprinzip hat seine Beachtung gefunden, jetzt ist jede Entscheidung der Behörde rechtmäßig - sie darf nach Zweckmäßigkeit entscheiden und weder Bewerber noch Gericht können die nun angestellten Überlegungen tadeln (3).

Solange aber eine solche Pattstellung unter den besten Bewerbern nicht eingetreten ist, muß die Behörde ihre Entscheidung allein an den Kriterien des Art. 33 II GG sowie der Beamtengesetze ausrichten: sie hat kein Ermessen, sondern trifft eine Rechtsentscheidung (4).

---

2) Schick, ZBR 1975, S. 5.

3) OVG RhPf, RiA 1975, S. 98, 99.

4) So richtig: OVG RhPf, RiA 1975, S. 98, 99; BVerwGE 8, S. 192, 195; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 16; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585; ders., Beamtenrecht, § 7 BRRG Anm. I; Tietgen, Zugang, S. 349; Hamann-Lenz, Art. 33 Anm. B 2, S. 429; Stern, Verfassungstreue, S. 27; unzutreffend: Niedermaier, in: GKÖD K § 5 Rn. 13; BVerwGE 19, S. 252, 255; OVG Hamburg, VerwRspr 10, Nr. 236, S. 946, 948; RGZ 146, S. 369, 374 f; Heise, ZBR 1969, S. 166; Vallendar, DöD 1973, S. 4 f, 6.

d) Der Beurteilungsspielraum des Dienstherrn

Freilich bleibt dem Dienstherrn auch hier ein Freiheitsraum: Eignung, Befähigung und fachliche Leistung sind unbestimmte Rechtsbegriffe, bei deren Ausfüllung ihm ein Beurteilungsspielraum zukommt (1). Vergegenwärtigt man sich, daß die Einstellungsbehörde die Leistung in Bezug auf das konkret zu besetzende Amt festzustellen hat, würde ihr ohne diese Einschätzungsprärogative die notwendige Flexibilität fehlen (2).

Das Gericht kann die Beurteilung des Bewerbers nur daraufhin überprüfen, ob die dabei anzulegenden Begriffe verkannt und die Grenzen des Beurteilungsspielraumes eingehalten wurden, ob der Beurteilung ein unrichtiger Tatbestand zugrundegelegt und ob allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachwidrige Erwägungen angestellt worden sind (3).

e) Die Gefahr der Ämterpatronage und die Ausschreibung als ein Mittel zu ihrer Abwendung

Der Beurteilungsspielraum birgt allerdings die Gefahr, unter dem Mantel der Einschätzungsfreiheit unsachliche Aspekte zu verbergen und

---

1) Statt vieler: BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; BVerwGE 8, S. 192, 195; 32, S. 237, 238 f; OVG RhPf, RiA 1975, S. 98, 99; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 19. Zur Beurteilungsfreiheit der Verwaltung vgl. ausführlich: Obermayer, BayVBl. 1975, S. 257 ff.

2) Fricke, Ämterpatronage, S. 119 ff; Schick, ZBR 1975, S. 5.

3) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; BVerwGE 15, S. 39, 40 f; 26, S. 65, 76 f; 32, S. 237, 238 f; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Anm. I; zu eng: BVerwGE 15, S. 3, 5.

so eine Ämterpatronage zu verschleiern. Die Möglichkeiten zu ihrer Eindämmung waren in zahllosen Aufsätzen und Monographien Gegenstand der Diskussion (1). Es wäre bei weitem nicht müßig, die Zahl noch zu vergrößern, würde jedoch Ziel und Umfang dieser Arbeit übersteigen.

Eine bereits im Gesetz vorgesehene Methode zur Konkretisierung der Beurteilungsspielräume, die gerade für den Zugang zum öffentlichen Dienst von hervorragender Bedeutung ist, soll hier nur kurz erwähnt werden: die Ausschreibung.

Die Stellenausschreibung soll Gewähr dafür bieten, daß jeder Interessierte von der zu besetzenden Stelle erfährt und damit überhaupt in die Lage versetzt wird, sich zu bewerben (2). Damit schafft sie zugleich eine wesentliche Voraussetzung objektiver Personalauslese (3).

Sie fördert die Interessen der Staatsorganisation, einen möglichst hochqualifizierten Prätendenten für das ausgeschriebene Amt aus einer ausreichend breiten Masse von Bewerbern auswählen zu können.

---

1) Vgl. insbesondere: Fricke, Ämterpatronage, S. 108 ff; v. Hippel, Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung, 1972; Stutzky, Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips, S. 73.

2) V. Hippel, DVBl. 1972, S. 13; Ermacora, Öffentliche Ausschreibung, S. 9.

3) Begründung zu § 8 BBG, BT-Drucksache I Nr. 2846, S. 37 f und 58; VG Saarlouis, DVBl. 1971, S. 220, 222; Fricke, Ämterpatronage, S. 108; Konow, ZBR 1973, S. 172;

Sie erfüllt die Anliegen der Bewerber, indem sie nicht nur über die offene Stelle informiert und damit den Zugang zum öffentlichen Dienst oft faktisch erst ermöglicht, sondern auch die konkreten Anforderungen des Amtes fixiert (4).

Damit wird der weite Rahmen der Leistungskriterien konkretisiert und die Behörde in ihrem Beurteilungsspielraum eingeengt. Mit der Bekanntgabe von Bewerbungsvoraussetzungen in der Stellenausschreibung unterwirft die Behörde sich den aufgestellten Voraussetzungen mit der Wirkung der Selbstbindung und der Verpflichtung, jeden Bewerber abzulehnen, der die geforderten Voraussetzungen nicht erfüllt (5).

Je enger die Auslesekriterien für das konkrete Amt umschrieben sind, um so geringer wird die Gefahr der Fehlbeurteilung und die Möglichkeit, eine Verletzung des Leistungsprinzips unter dem Mantel des Beurteilungsspielraums zu verstecken, um so größer wird der Bereich gerichtlicher Kontrollkompetenzen (6). In diesem Sinne ist die Ausschreibung freier Stellen ein hervorragendes Mittel, die Ämterpatronage unter Mißachtung der verfassungsrechtlichen Zugangsgleichheit einzudämmen (7).

---

4) EuGH, DVBl. 1975, S. 773, 775; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 258.

5) EuGH, DVBl. 1975, S. 773, 775; v. Hippel, DVBl. 1972, S. 13.

6) Fricke, Ämterpatronage, S. 108; Konow, ZBR 1973, S. 172.

7) Zur Stellenausschreibung im einzelnen vgl.: Wiedow, in: P-W-B § 8 Rn. 2 ff; Ule, Beamtenrecht, § 8 BBG Rn. 2 f; insbes.: v. Hippel, Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung, 1972.

3. Anspruch auf Ernennung?

Es besteht kein allgemeiner Anspruch auf Zugang zum öffentlichen Dienst!

a) Grundsätzlich kein Anspruch auf Ernennung zum Beamten

Es ist eine unangreifbare Selbstverständlichkeit, daß nicht jeder Staatsbürger, der menschlich und fachlich für irgendein oder ein bestimmtes Amt geeignet ist, einen Rechtsanspruch haben kann auf Übertragung eines oder dieses Amtes (1). So verstanden ist die Auffassung der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur zweifellos richtig (2).

Das ergibt sich aus folgenden Überlegungen:

Erstens: Ein Anspruch auf Übernahme aller geeigneten Staatsbürger in den öffentlichen Dienst würde einen Anspruch auf Schaffung öffentlicher Ämter zur Unterbringung von Bewerbern verlangen. Das würde dem Zweck der öffentlichen Ämter und der Funktion der Amtsträger zuwiderlaufen, öffentliche Aufgaben zu erfüllen. Damit würde jede Staatsorganisationsgewalt aus den Angeln gehoben und der öffentliche Dienst zum Selbstzweck werden (3).

---

1) Vgl. aber die heutige Forderung insbesondere der Lehramtskandidaten.

2) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; Schick, DVBl. 1975, S. 745; Rüfner, DÖV 1962, S. 801; Schack, ZBR 1961, S. 225.

3) So zu Recht: Isensee, JuS 1973, S. 270; Stern, Verfassungstreue, S. 27.

Demgegenüber wird die Zahl der Stellen des öffentlichen Dienstes im Haushaltsplan im demokratischen Verfahren der Gesetzgebung festgelegt und ihre Besetzung von der demokratisch legitimierten Regierung verantwortet. Eine Mehrung der öffentlichen Ämter ist nur soweit zulässig, wie eine sachgerechte Erfüllung der Aufgaben dies erfordert (4).

Zweitens: Art. 33 II GG verspricht nicht jedem geeigneten, befähigten und fachlich qualifizierten Deutschen den Zugang zu jedem öffentlichen Amt. Art. 33 II GG verlangt die Auslese des Besten. Somit setzt er die grundsätzliche Geeignetheit eines Bewerbers voraus und schreibt die Auslese des Leistungsstärksten vor. Der Ungeeignete dürfte selbst dann nicht in den öffentlichen Dienst aufgenommen werden, wenn ein geeigneter Bewerber nicht vorhanden wäre (5).

Art. 33 II GG gewährt nicht Zugang zu den öffentlichen Ämtern bei Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung, sondern nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (6).

---

4) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585.

5) V. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 43.

6) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; vgl. hierzu bereits oben: Leistungsgrundsatz als Ausleseprinzip (2. Kap., B II).

b) Das Ausleseverfahren als notwendige Voraussetzung einer Verdichtung der Zugangsgleichheit zum Anspruch auf Ernennung

Die Frage nach einem möglichen Anspruch auf Einstellung kann deshalb vernünftig nur unter der Prämisse diskutiert werden, daß die Auslese den besten Bewerber nach dem Leistungsprinzip ermittelt hat.

aa) Die Verdichtung des Rechts auf sachgerechte Beurteilung zum Anspruch auf Ernennung bei unspezifischer Bewerbung um Aufnahme in den öffentlichen Dienst

Hier müssen verschiedene Fallkonstellationen unterschieden werden:

Fall 1: Der Interessent bewirbt sich um Aufnahme in den öffentlichen Dienst schlechthin oder lediglich begrenzt auf eine bestimmte Sparte der Verwaltung (z.B. Justiz-, Finanz-, Volksschuldienst). Verfügt die Behörde (z.B. das Ministerium) über eine freie Stelle und hat sie sich im Rahmen ihrer Organisationsgewalt und Personalhoheit entschlossen, diese Stelle zu besetzen, so verdichtet sich der Anspruch des Bewerbers auf ermessensfehlerfreie Beurteilung zu einem Rechtsanspruch auf Einstellung nach Leistung: Ist er der qualifizierteste unter den Bewerbern für das zu besetzende Amt, muß die Behörde ihn ernennen, wenn sie die Stelle besetzen will. Sind fünf Ämter zu vergeben, kommen die fünf Ersten in der Rangliste nach Leistung zum Zuge.

Der Verpflichtung der Behörde, die Auslese allein nach den Kriterien des Art. 33 II GG und der entsprechenden Beamtengesetze zu betreiben, korrespondiert der Anspruch des Prätendenten entsprechend seiner Leistung berücksichtigt zu werden (1).

Ist das Amt mit einem Beamten zu besetzen, konkretisiert sich der Anspruch auf die Ernennung zum Beamten (2).

bb) Der Vorbehalt der organisatorischen Bereitschaft der Behörde zur Besetzung der Beamtenstelle

Dieses Recht des Bewerbers steht allerdings auf schwachen Beinen: kraft der Organisationsgewalt der Behörde besteht es nur unter der Prämisse, daß die Behörde überhaupt eine Stelle besetzen will (1)!

Hierzu ist sie durch nichts verpflichtet - auch nicht durch eine vorgängige Ausschreibung der Stelle. Es wäre der Behörde unzumutbar und mit ihrer Verpflichtung, für eine leistungsfähige Besetzung der öffentlichen Ämter zu sorgen, unvereinbar, in einer Angebotsflaute den immer noch schwachen Stärksten der Schwachen nehmen zu müssen statt auf die nächste Hausse zu warten (2).

---

1) Schick, DVBl. 1975, S. 745.

2) Diese Aussage ist zwingende Folge des "bloßen" 'formellen Grundrechts auf sachgerechte Ausübung des Ermessens'; vgl. statt vieler: Isensee, JuS 1973, S. 270.

1) Hierauf weist m.E. Schick (aaO) nicht deutlich genug hin.

2) Unklar insoweit: Schick (DVBl. 1975, S. 745), der dem einzigen Bewerber, der die Voraussetzungen des Amtes abstrakt erfüllt,

In diesem Licht ist das Taktieren zu sehen, das bei Beamteneinstellungen manchmal zu beobachten ist: Nach Ausschreibung oder sonstiger Sammlung des Bewerberangebots wird ein Ausleseverfahren nach objektiven Gesichtspunkten durchgeführt und eine entsprechende Rangliste der Bewerber aufgestellt. Befindet sich danach ein Bewerber auf Listenplatz eins, der aus parteipolitischen oder sonst unzulässigen Aspekten unlieb ist, wird auf eine Einstellung eines Beamten überhaupt verzichtet oder es werden bei mehreren zu besetzenden Stellen nur so viele vergeben, daß der Ungebetene nicht zum Zuge kommt. Als Begründung werden organisatorische (Spar-) Maßnahmen angegeben.

Diese Taktik der Einstellungsbehörde ist rechtlich kaum angreifbar. Hier wird nicht unter Verstoß gegen das Leistungsprinzip ein weniger Geeigneter eingestellt, sondern jede Ernennung eines Bewerbers unterlassen. Damit bewegt sich die Behörde noch in ihrem organisatorischen Freiraum. Allein die Stellenausschreibung oder die Durchführung eines (behördeninternen) Ausleseverfahrens zwingen sie nicht durch Ernennung eines oder mehrerer Bewerber Konsequenzen aus ihrem Verhalten zu ziehen.

Der Dienstherr kann jedes Ausleseverfahren mit dem Ergebnis beenden, daß keiner der Bewerber geeignet und befähigt für das Amt sei. Andernfalls könnte er durch solche Verfahren gezwungen werden, Unfähige einzustellen.

---

einen Rechtsanspruch auf Einstellung zuspricht.
Richtig aber: v. Münch (Öffentlicher Dienst, S. 43), der von Schick (aaO, FN 53) fehlinterpretiert wird.

Die Schwelle zur rechtsschutzbewehrten Außenwirkung seiner Entscheidung überschreitet der Dienstherr erst mit der Ernennung eines Bewerbers unter Verletzung des Leistungsprinzips.

cc) Die Bewerbung um ein bestimmtes Amt

Fall 2: Der Interessent bewirbt sich um ein bestimmtes Amt, etwa eine einmalige Führungsposition (z.B. Oberstudiendirektor beim Gymnasium in X, Vorsteher beim Finanzamt in Y).

Hier verschärft sich die Konkurrenzsituation, wenn mehrere generell geeignete Bewerber vorhanden sind. Nach Art. 33 II GG muß die Entscheidung nach der Leistungstrias gefunden werden: Jeder Prätendent, der die Anforderungen des Amtes erfüllt, ist zu berücksichtigen; den Zuschlag erhält der Beste - hierauf hat er einen Anspruch (1).

Sind mehrere nach der Leistung gleich Geeignete aus dem Auslese-verfahren hervorgegangen, schrumpft der Ernennungsanspruch freilich wieder zu einem Anspruch auf fehlerfreie Ermessensbetätigung, der schon in der konsequenten Verfolgung des Leistungsprinzips bei der Auslese verwirklicht ist.

Ist Art. 33 II GG Genüge getan, bleibt nur der Schwertstreich der freien Ermessensentscheidung um den gordischen Knoten der Leistungsgleichheit zu zerschlagen und so eine Lösung zu finden.

---

1) Maunz, Staatsrecht, S. 321.

Wo und soweit aber eine Verpflichtung der Behörde besteht, aufgrund verfassungsgesetzlicher, abschließend aufgezählter Kriterien eine reine Rechtsentscheidung zu finden, bleibt für ein Ermessen kein Raum. Dann ist es nur konsequent, daß der rechtlichen Gebundenheit der Verwaltung und ihrer Verpflichtung zur Beachtung der Gesetze (Art. 20 III GG) ein Rechtsanspruch des Bürgers korrespondiert.

Jede andere Auffassung wird der verfassungskräftigen Forderung des Zugangs zum öffentlichen Dienst nach Leistung nicht gerecht. Art. 33 II GG gewährt keinen Rechtsanspruch, der über die Verwirklichung des Leistungsprinzips hinausreicht; auf Auslese nach Leistung gibt er aber ein Recht.

Gerade in der Bejahung eines Rechtsanspruchs begründet die Verfassung eine kontrollierende Handhabe gegen eine Verwässerung ihrer Inhalte. Wird dieser Anspruch verneint, wird die Mißachtung des verfassungsrechtlichen Postulats auf gleichen Zugang zu den öffentlichen Ämtern sanktioniert und verfassungswidriger Verwaltungspraxis Vorschub geleistet, wie es uns die Vergangenheit und Gegenwart mit vielen - schon sprichwörtlichen - Protektionsfällen lehrt. Die entgegenstehende, in historischer Verwurzelung erstarrte Auffassung dürfte heute überwunden sein.

B. Der Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers

Bisher wurde der Anspruch auf Ernennung, soweit er sich aus dem Anspruch auf sachgerechte Beurteilung nach Art. 33 II GG ergibt, stets unter der Prämisse betrachtet, daß ein Amt zur Verfügung steht, das vergeben werden kann, und die Behörde dieses Amt auch besetzen will.

Da nun aber die Bewerberauslese nicht in aller Öffentlichkeit stattfindet, ja nicht einmal parteiöffentlich ist, wird der Bewerber von seiner Ablehnung, die einen Verstoß gegen das Leistungsprinzip beinhaltet, regelmäßig erst erfahren, nachdem ein anderer ernannt ist.

Wollte die Behörde nur dieses eine Amt besetzen oder verfügte sie stellenplanmäßig nur über dieses eine freie Amt, so bleiben nur zwei Möglichkeiten, den Verstoß gegen das Leistungsprinzip zu sühnen: entweder die Verwaltung ist verpflichtet, ein weiteres Amt - gegebenenfalls außerplanmäßig - bereitzustellen und dies dem übergangenen Bewerber zu übertragen oder die erfolgte Ernennung ist rückgängig zu machen und das ursprüngliche Amt mit dem Bestgeeigneten zu besetzen.

I. Der Anspruch auf Bereitstellung eines anderen Amtes

1. Keine haushaltsrechtlichen Bedenken

Erstere Lösung wird man ohne nähere Untersuchung ablehnen müssen, obwohl der Gedanke aus haushaltsrechtlicher Sicht bei weitem nicht so absurd ist, wie er von verschiedenen Autoren abgetan wird. Man erinnere nur, daß der Staat für manches rechtswidrige Verhalten zur Kasse gebeten wird, ohne sich darauf berufen zu können, der Haushaltsplan sehe für den Ersatz des angerichteten Schadens keine Mittelansätze vor.

2. Staatsorganisationsrechtliche Bedenken

Bei der anstehenden Frage wäre jedoch die rein finanzielle Betrachtung oberflächlich. Hier kommt es weniger darauf an, ob der Staat den übergangenen Bewerber finanziell so stellen muß, als hätte er ihn, was rechtens gewesen wäre, ernannt.

Vielmehr steht im Vordergrund die Tatsache, daß der Bewerber mit der Verleihung eines Amtes Angehöriger des öffentlichen Dienstes würde. Damit greift aber die Staatsorganisationsgewalt und Personalhoheit des Dienstherrn Platz: zur Diskussion steht nicht so sehr die finanzielle Belastung der Staatskasse durch einen weiteren Beamten, sondern vielmehr die organisatorische Eingliederung der nicht gewollten und geplanten Stelle (1).

---

1) Tietgen, Zugang, S. 343; BGHZ 23, S. 36, 42.

Hier muß der Organisationsfreiheit des Staates für die personelle Besetzung seiner Verwaltung eindeutig der Vorrang eingeräumt werden. Besondere Bedenken erzeugt dabei die Tatsache, daß es die rechtsprechende Gewalt wäre, die in den ureigensten Bereich der Exekutive eingriffe (2).

3. Möglichkeit doppelter Verletzung des Leistungsprinzips

Zudem darf nicht unberücksichtigt bleiben, daß mit der neuerlichen Vergabe eines öffentlichen Amtes ein neues Ausleseverfahren durchgeführt werden müßte. Würde dabei der übergangene Bewerber von einem Konkurrenten überflügelt, wäre die Ernennung des (nunmehr) lediglich Zweitbesten ein weiterer Verstoß gegen das Leistungsprinzip.

Nicht zuletzt wegen der lebenszeitlichen Dauer des Beamtenverhältnisses können auf die Wiedergutmachung der Rechtsverletzung eines übergangenen Bewerbers nicht die Grundsätze der Naturalrestitution Anwendung finden.

---

2) Vgl. hierzu unter dem Aspekt des Folgenbeseitigungsanspruchs auch unten 2. Abschnitt B I 2. Zum Folgenbeseitigungsanspruchs vgl. auch: Tietgen, Zugang, S. 345 ff m.w.N.

II. Die Bestandskraft der Ernennung zum Beamten

Die zweite und damit einzige Möglichkeit, dem Leistungsgrundsatz und auch dem übergangenen Bewerber zu seinem Recht zu verhelfen, wäre die Annullierung der rechtswidrigen Ernennung mit nachfolgender Amtseinsetzung des Geeignetsten. Diese Lösung konfrontiert das Leistungsprinzip mit dem Grundsatz der Beständigkeit von Ernennungen.

Die Position des auf Lebenszeit eingestellten Beamten wie auch des Probebeamten (1) ist gegenüber einer Auflösung seitens des Dienstherrn außerordentlich gefestigt. Die Nichtigkeits- und Rücknahmegründe sind in den Beamtengesetzen erschöpfend aufgezählt (2). Auch wenn der Einstellungsakt aus formellen oder materiellen Gründen fehlerhaft war, erlaubt das Gesetz dem Dienstherrn eine Aufhebung gegen den Willen des Beamten nur in den umschriebenen Fällen.

---

1) Bei Widerrufsbeamten stellt sich das Problem regelmäßig nicht, da diese einen Anspruch auf Zugang zur Ausbildungsstätte nach Art. 12 I GG haben, wenn sie nur generell geeignet sind (§ 5 II/1 BBG, § 3 I/4a BRRG).

2) §§ 11, 12 BBG; §§ 8, 9, 21 ff BRRG; für Probebeamte: § 31 BBG; § 23 II BRRG.
Vgl. auch Ule, Beamtenrecht, § 8 BRRG Rn. 3 f; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256; Schick, ZBR 1967, S. 300.

1. Bestandskraft contra Leistungsprinzip?

Gilt der Satz, daß einmal erfolgte Ernennungen unter dem Gesichtspunkt der Stabilität der Staatsorganisation rechtsbeständig seien, auch wenn die Mißachtung des Leistungsprinzips im Klagewege gerügt wird (1)?

Gehört die Beamtenernennung zu den formell rechtskräftigen Verwaltungsakten, die nicht nur gegen eine Zurücknahme, sondern auch gegen die Aufhebung im Rechtsmittelwege gefeit sind (2)?

Diese weit verbreitete und wohl überwiegende Auffassung muß vor allem angesichts des Widerspruchs der einfachgesetzlich begründeten Bestandskraft der Ernennung mit der verfassungskräftigen Verbürgung des Zugangs zu den öffentlichen Ämtern nach Leistung in Frage gestellt und überprüft werden.

2. Das verfassungsrechtliche Fundament der Bestandskraft beamtenrechtlicher Ernennungen

Da die Rücknahmegründe der Beamtengesetze eine Nichtigkeit oder Aufhebbarkeit der Beamtenernennung für den Fall der Verletzung des

---

1) So: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; Tietgen, Zugang, S. 342; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585; Heise, ZBR 1969, S. 167.

2) So: Tietgen, Zugang, S. 342; ders., DVBl. 1963, S. 514; vgl. auch: VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 258; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 43; Heise, ZBR 1969, S. 167; Fischbach, BBG, § 23 Anm. IV.

Leistungsprinzips nicht kennen, könnte die gesetzliche Regelung verfassungswidrig sein, wenn nicht die Unantastbarkeit der Ernennung trotz Verletzung des Leistungsgrundsatzes ihrerseits durch einen Verfassungssatz legitimiert wäre.

a) Unanfechtbarkeit und Rechtsschutzgarantie

Begründen ließe sich die These der Unanfechtbarkeit beamtenrechtlicher Ernennungen mit einem einschränkenden Selbstverständnis der VwGO, das ihrem generellen Geltungsanspruch insoweit immanent wäre (1). Diese Auffassung widerspricht indessen der Generalklausel des § 40 VwGO ebenso wie der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG (2).

Das durch Art. 19 IV GG gewährleistete Grundrecht auf gerichtlichen Rechtsschutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt gilt grundsätzlich auch im Beamtenrecht (3). Allein die Tatsache, daß die Enttabuisierung der Beamtenernennung erhebliche rechtliche und praktische Schwierigkeiten mit sich bringt, darf nicht zu einer Verweigerung des Rechtsschutzes führen. Im übrigen hat man bei der Anerkennung der Nachbarklage im Baurecht wenig Bedenken gehabt - trotz vielleicht vernichtender wirtschaftlicher Auswirkungen für den Bauherrn - den Rechtsschutz zu gewähren. Die Ernennung scheint dem Beamten gleichwohl heiliger zu sein, als dem Bauherrn seine Bauerlaubnis.

---

1) Tietgen, Zugang, S. 344.

2) Tietgen, Zugang, S. 345; Rüfner, DÖV 1962, S. 801.

3) Ule, Öffentlicher Dienst, S. 640.

b) Bestandskraft der Beamtenernennung als Ausfluß eines Verfassungssatzes?

Eine weitere Möglichkeit zur Stützung der These von der Unanfechtbarkeit der Ernennung bietet die Konstruktion eines Rechtssatzes, der die Beständigkeit erfolgter Ernennung auch gegen die Anfechtungen Dritter fordert. Dieser Rechtssatz müßte wegen der generellen Rechtsschutzgewährung aus § 40 VwGO und Art. 19 IV GG aus übergeordnetem Verfassungsrecht abzuleiten sein.

aa) Der Grundsatz der Rechtssicherheit

In Betracht käme der verfassungsgesetzliche Grundsatz der Rechtssicherheit (1) (2).

Dabei muß zunächst ein Vorrang dieses Grundsatzes vor dem Prinzip des gleichen Zugangs nach Leistung (Art. 33 II GG) in Verbindung mit der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG bestritten werden (3). Überdies greift das Argument der Rechtsunsicherheit durch Anfechtung der Beamtenernennung auch sachlich nicht durch.

---

1) So: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; Schick, ZBR 1967, S. 300.

2) Art. 33 V GG gestattet die Nichtberücksichtigung einer Ernennung eines Beamten, die unter Verletzung des Leistungsgrundsatzes vorgenommen wurde! So ausdrücklich: BVerwG, ZBR 1957, S. 363, 365.

3) Bartlsperger, VerwArch 60 (1969), S. 51; Schick, DVBl. 1975, S. 746; Ule, Beamtenrecht, § 8 BRRG Rn. 1 f; vgl. auch: Wiese, Staatsdienst, S. 258; a.A.: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17.

Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Rechtssicherheit bei Aufhebung einer Ernennung wegen Verletzung des Art. 33 II GG stärker leiden soll als in den übrigen Nichtigkeits- und Rücknahmefällen, die die Beamtengesetze vorsehen. Hier wie dort tritt während der gerichtlichen Klärung des Sachverhalts eine hermaphroditische Phase ein, deren beamtenrechtliche Lösung die Gesetze vorsehen (4).

Der unerwünschte Schwebezustand, der durch die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage erzeugt würde (5), kann durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung überwunden werden, zumal hierbei Rechtseinbußen des Klägers nicht zu besorgen sind (6).

bb) Parallelproblematik bei Anfechtung einer Entlassung

Die Probleme, die eine Aufhebung einer rechtswidrig erfolgten Ernennung im Klageweg mit sich bringen, sind also nicht eigener Art und lassen sich folglich mit den vorhandenen gesetzlichen und verwaltungsrechtlichen Mitteln lösen.

Die h. L., die eine solche Anfechtung aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zulassen will, findet im Beamtenrecht keine zwingende Stütze und ist zudem inkonsequent. Für den Fall, daß ein Beamter

---

4) Vgl. §§ 13, 14 BBG; Ule, Beamtenrecht, § 8 BRRG Rn. 2; Solte, ZBR 1972, S. 114.

5) Vgl. Solte, ZBR 1972, S. 113.

6) Dazu im einzelnen: Solte, ZBR 1972, S. 114 und unten 2. Abschnitt B III.

seine Entlassung aus dem Beamtenverhältnis anficht, tauchen parallele Probleme auf; dort aber glaubt die h. L. die entstehende Rechtsunsicherheit tolerieren zu können (1).

c) Verfassungskonforme Interpretation der beamtengesetzlichen Regeln über die Aufhebung einer Ernennung

Die einschlägigen Vorschriften der Beamtengesetze können daher verfassungskonform nur so verstanden werden, daß sie bezüglich der Aufhebung einer Ernennung wegen Verletzung des Art. 33 II GG nicht erschöpfend sind.

aa) Materielle und prozessuale Problematik des Verwaltungsakts mit Doppelwirkung

Diese Auffassung entspricht der Unterscheidung der Regeln des materiellen Verwaltungsrechts über die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte von den Grundsätzen des Verwaltungsprozeßrechts über die Aufhebung von rechtswidrigen Verwaltungsakten.

Die Regeln des Verwaltungsrechts beantworten ausschließlich die Frage, wann die Verwaltung aus eigener Entschließung fehlerhafte begünstigende Verwaltungsakte zurücknehmen kann. Ist ein Dritter durch die Doppelwirkung der Maßnahme in seinen Rechten verletzt, entsteht in seiner Person der verwaltungsprozessuale Anspruch auf Aufhebung des belastenden Verwaltungsakts (§ 42 VwGO).

---

1) Solte, ZBR 1972, S. 115.

Diese Unterscheidung ist für den Verwaltungsakt mit Doppelwirkung allgemein anerkannt (1).

bb) Der Vertrauensschutz des Ernannten

Bliebe nur noch das Vertrauen des soeben Ernannten in seine neue Rechtsposition als Argument gegen eine Annullierung der Ernennung.

Wird aber eine Anfechtbarkeit der Ernennung des bevorzugten Bewerbers grundsätzlich anerkannt, so besteht für den Zeitraum der Anfechtungsfrist kein Vertrauensschutz. Erst mit Eintritt der Unanfechtbarkeit wird der Schwebezustand beendet und damit die Basis für begründetes Vertrauen auf den Bestand der Rechtsposition geschaffen (1).

Der durch die effektive Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG garantierte Aufhebungsanspruch des Belasteten (2) führt nach h. M. sogar dazu, daß ein Vertrauensschutz bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung auch dem Widerruf des Verwaltungsaktes durch die Behör-

---

1) Ossenbühl, Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, S. 126; Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, S. 181 ff.
Der Versuch einer Verbindung beider Kreise mit dem Ziel der Interessenabwägung (Bender, NJW 1966, S. 1996) hat keine Anerkennung gefunden.

1) Henke, DVBl. 1975, S. 274; OVG RhPf, RiA 1975, S. 98, 99.

2) Vgl. auch § 113 I 1 VwGO: "Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt ... auf".

de vor seiner Unanfechtbarkeit nicht entgegensteht, weil der Begünstigte vor der Unanfechtbarkeit auf den Bestand des Verwaltungsaktes nicht vertrauen kann (3).

Solange die Ernennung des rechts- und verfassungswidrig bevorzugten Bewerbers nicht durch Ablauf der Rechtsmittelfristen unanfechtbar geworden ist, kann ihre Unangreifbarkeit nicht mit der Berufung auf ein schutzwürdiges Vertrauen dargetan werden (4).

Ob der Betroffene wegen der rechtswidrigen Begründung seiner Ernennung den Dienstherrn auf Ersatz seines evtl. Vertrauensschadens in Anspruch nehmen kann, ist eine ganz andere Frage (5).

---

3) Württ.-Bad. VGH, VerwRspr. 9 (1957) Nr. 120, S. 554, 555 f; VG Berlin, DVBl. 1975, S. 268, 272; Ossenbühl, Rücknahme, S. 125; Laubinger, Der Verwaltungsakt, S. 184 ff; Bode, Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, S. 166 ff, 168 m.w.N.; vgl. auch: § 39 E VerwVerfG (BT-Drucksache VI/1173, S. 14 u. zu § 39 S. 59 f), jetzt § 48 f VerwVerfG; differenzierend: Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 53 II e 2.

4) Hier können keine anderen Grundsätze gelten als für die Nachbarklage im Baurecht (vgl. statt vieler: Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rn. 98 m. zahlr. Nachw.).

5) Vgl. hierzu: Schick, DVBl. 1975, S. 746.

III. Zwischenergebnis

Ein Rechtsanspruch geht grundsätzlich mit einem Rechtsschutzanspruch auf Anfechtung rechtsbeeinträchtigender Maßnahmen und/oder Verpflichtung zu anspruchsgemäßem Verhalten des Hoheitsträgers einher. Würde die Anfechtbarkeit einer Beamtenernennung geleugnet, wäre jeder Klage trotz Begründetheit der Erfolg genommen (1).

Erfolg oder Mißerfolg der gerichtlichen Durchsetzung seiner Rechte würde dabei nicht von einer Veränderung in der Rechtsposition des übergangenen Bewerbers beeinflußt, sondern allein von der Tatsache abhängen, ob ein anderer Kontrahent bis zur Erwirkung vorläufigen Rechtsschutzes schon ernannt ist oder nicht.

Doch selbst dann könnte die Ernennungsbehörde dem klagenden Beamtenbewerber zuvorkommen, indem sie trotz entgegenstehender gerichtlicher Anordnung die Ernennung vornähme. Für die Verfechter der Bestandskraft beamtenrechtlicher Ernennung müßte auch diese rechtswidrige Ernennung unangreifbar sein, da nicht im Numerus-clausus-Katalog der Beamtengesetze aufgeführt.

Zumal der grundsätzlichen Unantastbarkeit ernannter Beamten kein wesentlicher Abbruch getan und auch keine Unsicherheit bewirkt würde, die nicht schon vom Gesetz vorbedacht wäre, ist kein Rechts-

---

1) VG Berlin, DVBl. 1975, S. 268, 271 f; Bartlsperger, VerwArch 60 (1969), S. 49; Henke, Das subjektive öffentliche Recht, S. 54 f, 57 f, 60.

grund ersichtlich, daß ein Anspruch des Geeignetsten auf Beachtung des verfassungsrechtlich verbürgten Leistungsprinzips, der vor Ernennung seines Konkurrenten im Wege einstweiliger Anordnung geltend gemacht werden kann (2), sich durch dessen Ernennung in nichts auflösen oder zu einem Schadensersatzanspruch umwandeln sollte (3), der weder dem Bewerber das gibt, was dieser wollte, noch dem Staatsdienst, was die Verfassung in Art. 33 II GG verbürgt.

---

2) Ganz h. M.: statt aller VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255 ff; Schick, DVBl. 1975, S. 746.

3) So aber z.B.: Tietgen, Zugang, S. 342 f.

Zweiter Abschnitt

Die Durchsetzung des Rechtsanspruchs auf Zugang zum öffentlichen Dienst nach Leistung gemäß Art. 33 II GG

- prozessuale Problematik des Rechtsschutzes -

Das Prozeßrecht besteht nicht um seiner selbst willen. Es hat als erstes Ziel die Durchsetzung des materiellen Rechts anzustreben und zu verwirklichen.

Deshalb soll die prozessuale Problematik des Zugangs zum öffentlichen Dienst nicht isoliert betrachtet werden, sondern ihre Lösung in unmittelbarer Anknüpfung an die zuvor dargestellte materielle Rechtslage angegangen werden. Dabei erscheint es geboten, die einzelnen Stadien des Einstellungsverfahrens zu differenzieren, da ihnen unterschiedliche rechtliche Situationen eigen sind.

A. Die prozessualen Möglichkeiten des Bewerbers vor Ernennung eines Konkurrenten

Vor Abschluß des Einstellungsverfahrens müssen zwei Fallgestaltungen unterschieden werden, die ein Rechtsschutzbegehren des Bewerbers auslösen können:

Erstens: Ein Bewerber will sich um Übernahme in den öffentlichen Dienst bei der zuständigen Behörde bewerben, diese lehnt jedoch die Annahme der Bewerbung ab, etwa mit dem Bemerken, es lägen schon mehrere Bewerbungen vor und die Entgegennahme weiterer würde die Auswahl nur erschweren (I.).

Zweitens: Ein Bewerber hat sich bei der zuständigen Behörde beworben, diese gibt ihm aber gleich zu erkennen, daß er keine Chance hätte, etwa weil er einer anderen Partei oder Religion angehöre, als man es für die zu besetzende Stelle gerne sähe (II.).

I. Das Recht auf Bewerbung und seine Durchsetzung

Im ersten Fall hat die Behörde die Bewerbung erst gar nicht entgegengenommen und damit eine Aufnahme des Bewerbers in das Ausleseverfahren von vornherein vereitelt. Das Recht auf Zugang zum öffentlichen Dienst aus Art. 33 II GG ist hier in seiner frühesten und elementarsten Gestalt, dem Recht auf Bewerbung, verletzt.

In diesem praeselektiven Stadium geht es noch nicht um eine Verletzung des Leistungsgrundsatzes; hier gilt zunächst, 'dabeisein ist alles', denn ohne die Berücksichtigung der Bewerbung ist auch die leiseste Hoffnung auf das Amt im Keim erstickt.

Ziel des Rechtsschutzes gegen solches Verhalten der Einstellungsbehörde kann es deshalb zunächst nur sein, sie zu veranlassen, den Bewerber in das Ausleseverfahren aufzunehmen.

Die Nichtannahme der Bewerbung ist kein Verwaltungsakt. Deshalb kommt nur eine allgemeine Leistungsklage (§ 43 II VwGO) in Betracht mit dem Antrag, die Bewerbung des Klägers um Einstellung in den öffentlichen Dienst entgegenzunehmen und ihn in das Ausleseverfahren miteinzubeziehen (1).

Da die Rechtsposition des Bewerbers konkret und nachhaltig gefährdet ist, kann die Leistungsklage von dem Antrag auf einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO begleitet sein (2).

II. Das Recht des Bewerbers auf sachgerechte Auslese und seine Durchsetzung

Im zweiten Fall hat die Behörde die Bewerbung zwar entgegengenommen, den Aspirant auf das öffentliche Amt aber wissen lassen, daß er

---

1) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17.

2) VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 256; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 123 Rn. 11 und 15.

keine Chance haben werde, da ihm eine Eigenschaft fehle, die für die Besetzung der Stelle von Bedeutung sei.

1. Absage wegen offenkundigen Fehlens zulässiger Voraussetzungen

Handelt es sich bei dem fraglichen Kriterium um ein Merkmal, das für die zu besetzende Stelle sachgerecht verlangt werden kann, so etwa um die Deutscheneigenschaft oder Vorstrafenfreiheit, aber auch eine bestimmte Religionszugehörigkeit bei Vergabe eines konfessionsgebundenen Amtes, so ist die Absage berechtigt. Hier fehlt es offenkundig an einem zulässigen Eignungserfordernis, so daß jeglicher Rechtsschutz aus der mangelnden Rechtsbeeinträchtigung des Bewerbers scheitert.

Art. 33 II GG und die entsprechenden Beamtengesetze gewähren den Ämterzugang nur nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Dies schließt nicht aus, daß die Behörde schon vor einer endgültigen Auswahlentscheidung bereits diejenigen Bewerber in einer Grobauslese aussondert, die nicht einmal die geforderten Mindestvoraussetzungen für das Amt mitbringen.

2. Absage aus unsachlichen Gründen

Knüpft der Dienstherr bei seinem abschlägigen Hinweis aber an Umstände, die bei einer Auslese gemäß Art. 33 II und III GG keine Rolle spielen dürfen, insbesondere an die Zugehörigkeit zu einer

bestimmten Partei oder Konfession, so widerspricht dieses Verhalten der Verfassung und den entsprechenden Beamtengesetzen (1).

a) Rechtsschutz schon bei Verdacht unsachgemäßer Auslese?

Problematisch ist in diesem Fall, ob der Bewerber bereits durch die Andeutung und den darauf gegründeten - berechtigten - Verdacht eines unsachgemäßen Ausleseverfahrens in seinen Rechten verletzt ist.

Auszugehen ist von dem Recht des Bewerbers auf eine sachgerechte Durchführung des Ausleseverfahrens, d. i. insbesondere die Beachtung allein der in Art. 33 II GG genannten Kriterien unter Ausschluß der nach Art. 33 III GG verpönten Gesichtspunkte. Die Rechtsverletzung tritt ein, wenn die Einstellungsbehörde den Bewerber aus unzulässigen Überlegungen übergeht, indem sie ihn abschlägig bescheidet oder einen Konkurrenten ernennt.

Fraglich ist jedoch, ob der Bewerber schon vor einer entsprechenden Entscheidung der Behörde gerichtlichen Rechtsschutz begehren kann, wenn ihm zuverlässig Tatsachen bekannt werden, die eine drohende Rechtsverletzung befürchten lassen, diese Tatsachen aber entweder aus einer unverbindlichen Äußerung des Dienstherrn folgen oder den

---

1) Vgl. dazu den Fall BayVerfGH n.F. 10, S. 110.

innerbehördlichen Bereich noch nicht verlassen haben, also noch keine 'Regelung mit Außenwirkung' im Sinne der Verwaltungsaktslehre enthalten (1).

Diese Frage muß nachdrücklich bejaht werden.

Muß der Bewerber infolge eines Hinweises der Behörde oder einer - wenn auch behördeninternen - Erklärung des Dienstherrn (2) die Befürchtung hegen, daß er aus verfassungswidrigen Gründen nicht ernannt werden soll, obwohl er nach seiner Eignung und Befähigung berechtigte Chancen hätte, so kann es ihm nicht zugemutet werden, bis zur rechtswidrigen Ernennung des Kontrahenten zu warten und damit eine erhebliche Verschlechterung seiner Rechtsposition hinzunehmen.

Dieses Opfer widerspräche einem sinnvollen Rechtsschutz und wird auch von der Prozeßordnung nicht gefordert. So gewährt die Rechtsprechung (3) und Literatur (4) die Leistungs-(Unterlassungs-)

---

1) BVerwGE 14, S. 323, 327.

2) Vgl. z.B. den Fall VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256.

3) VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256; BVerwGE 14, S. 323, 327 f.

4) V. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 43; Schick, DVBl. 1975, S. 746; Rüfner, DÖV 1962, S. 801, 802; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 111 I a.

Klage (5), sofern der Anspruch des Bewerbers "nach Stand und Tendenz des Ernennungsverfahrens konkret und nachhaltig gefährdet" erscheint (6).

b) Vorläufiger Rechtsschutz bei drohender Rechtsverletzung

Sofern die Eilbedürftigkeit einer gerichtlichen Entscheidung - wie wohl in den meisten Fällen - durch einen bevorstehenden Abschluß des Ausleseverfahrens mit anschließender Ernennung des Konkurrenten begründet wird, kann der Bewerber vorläufigen Rechtsschutz durch einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO beantragen (1).

Da die Gefahr besteht, daß die Verwirklichung des Rechtsanspruchs auf sachgerechte Auslese durch die rechtswidrige Ernennung eines anderen vereitelt oder doch wesentlich erschwert werden könnte (§ 123 I 1 VwGO), ist die Voraussetzung für eine Vorabentscheidung im einstweiligen Anordnungsverfahren zu bejahen.

---

5) Schick (DVBl. 1975, S. 746) hält eine Feststellungsklage für zulässig, will aber auch eine Unterlassungsklage bejahen, wenn das Auswahlverfahren soweit fortgeschritten sei, daß eine konkret drohende Ernennung die Rechtsverletzung naherücke.

6) VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256.

1) VGH Mannheim, DVBl. 1968, S. 255, 256; BayVerfGH n.F. 19, S. 51, 56; Schick, DVBl. 1975, S. 746; Solte, ZBR 1972, S. 112.

c) Verdichtung des Anspruchs auf sachgerechte Auslese zum Anspruch auf Ernennung

Ist die Ernennung des Klägers bei Ausschaltung sämtlicher sachwidrigen Erwägungen die nach dem Leistungsprinzip einzig richtige Entscheidung der Behörde, kann sich das klagbare Recht zum Anspruch auf Ernennung verdichten und die Verpflichtungsklage zulässig sein (1).

Dabei ist aber mit Rücksicht auf den ernennungsbehördlichen Beurteilungsspielraum und ein evtl. Ermessen im Falle eines Leistungspatts zu fordern, daß die Behörde nachweislich Willensäußerungen bekundet hat, wonach der Kläger Favorit der Auslese nach Leistung war, und diese Entscheidung nur in rechtswidriger Bevorzugung eines Dritten nicht vollzogen hat. Damit hat die Behörde ihren Beurteilungsspielraum ausgefüllt und ggf. ihr Ermessen bestätigt. Dann bleibt ihr, sofern man das verfassungswidrige Plus des Kontrahenten neutralisiert, keine andere Wahl, als den Kläger zu ernennen.

In diesem Fall beschränkt sich der Rechtsanspruch nicht mehr auf die rechtmäßige Beurteilung im Ausleseverfahren, denn dieses ist schon abgeschlossen, sondern verstärkt sich zum Anspruch auf Ernennung (2). Der Bewerber kann Verpflichtungsklage erheben.

---

1) V. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 43; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585 FN 135.

2) Vgl. hierzu insbes. VGH Mannheim (DVBl. 1968, S. 255, 256), der dies im bejahenden Sinn andeutet; auch: BVerwGE 15, S. 3, 7.

B. Die prozessualen Möglichkeiten des Bewerbers nach Ernennung eines Konkurrenten

I. Die Anfechtung der Ablehnung - Folgenbeseitigung

Die ablehnende Entscheidung der Einstellungsbehörde, den (übergangenen) Bewerber nicht zum Beamten zu ernennen, unterliegt als Verwaltungsakt grundsätzlich der eigenständigen Anfechtung.

Damit bleibt die Ernennung des Konkurrenten indessen unangefochten und das begehrte Amt besetzt.

Bejaht man die Anfechtbarkeit der rechtswidrigen Ernennung (1), verliert der Angriff des Bewerbers gegen die eigene Ablehnung seine Bedeutung. Er wäre allenfalls sinnvoll in Bezug auf einen Folgenbeseitigungsanspruch, wie ihn die h. M. bislang dem übergangenen Bewerber gewährt (2).

Dem steht jedoch das Bedenken entgegen, daß bei Besetzung eines gleichwertigen, anderen Amtes ein neues Ausleseverfahren gemäß Art. 33 II GG durchzuführen wäre (3). Würde sich für dieses Amt

---

1) Wie incidenter auch das BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644.

2) Tietgen, Zugang, S. 342, 344 ff; OVG Lüneburg, DVBl. 1967, S. 206, 207; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 43; Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht II, § 111 I a.

3) Das wird meistens nicht bedacht. Vgl. z.B. Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585. Vgl. auch oben: 1. Abschnitt unter B.I.

ein Bewerber melden, der dem hier übergangenen Bewerber überlegen wäre, würde die Gewährung eines Anspruchs auf Beseitigung der rechtswidrigen Beeinträchtigung nunmehr ihrerseits nur unter Verletzung des Leistungsprinzips möglich sein (4).

Gerade aus diesen Gründen dürfte eine Verpflichtung des Dienstherrn, dem Kläger das nächste freiwerdende Amt zu übertragen, nicht ausgesprochen werden, weil die Anforderungen an den Inhaber dieses Amtes sich zulässigerweise von denen des abgeschlossenen Auslese-verfahrens unterscheiden könnten. Der Folgenbeseitigungsanspruch würde also den Dienstherrn in seiner Stellenbewertungsfreiheit, in seinem Staatsorganisationsrecht, beschneiden (5). Rechtmäßige und damit zulässige Folgenbeseitigung könnte deshalb nur dadurch erreicht werden, daß der Dienstherr ein neues Amt schafft, das dem soeben besetzten in seinen entscheidenden Merkmalen völlig gleicht. Hierzu kann er indessen unzweifelhaft nicht gezwungen werden!

---

4) Das sieht zutreffend Solte, ZBR 1972, S. 111.
Höchst bedenklich erscheint aus diesen Gründen der Vorschlag Schicks (DVBl. 1975, S. 747), Einstellungsbehörde und übergangener Bewerber könnten sich im Vergleichswege auf die "Folgenbeseitigung" durch Gewährung eines gleichwertigen Amtes einigen. Zum Folgenbeseitigungsanspruch vgl. näher: Solte, ZBR 1972, S. 111 f; Tietgen, Zugang, S. 345 ff; OVG Lüneburg, DVBl. 1967, S. 206, 207 f; BVerwGE 28, S. 155; Schack, ZBR 1961, S. 230.

5) Tietgen, Zugang, S. 348.

Die Schaffung neuer Ämter unterliegt uneingeschränkt der Staatsorganisationsgewalt als elementarem Ausfluß der Regierungsgewalt und kann nicht durch Richterspruch dirigiert werden (6).

Da ferner nach allgemeinen haushaltsrechtlichen Grundsätzen die beamtenrechtliche Ernennung zwingend mit der Einweisung in eine Planstelle verbunden ist (7), müßte die Behörde für den Kläger eine neue Planstelle einrichten. Die Zahl der Planstellen, über die das Parlament zu entscheiden hat, wird durch den Umfang der öffentlichen Aufgaben bestimmt, nicht durch die Zahl derer, die aus Rechtsgründen ernannt werden müßten (8).

II. Die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten

1. Die Anfechtungsfrist

Zählt man die Ernennung zum Beamten nicht zu den formell rechtskräftigen Verwaltungsakten, die mit ihrem Vollzug unanfechtbar sind, so stellt sich wie bei jedem 'normalen' Verwaltungsakt das Problem der Anfechtungsfrist.

---

6) Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17.

7) § 28 I HaushGrdsG, § 49 I BHO.

8) Einhellige Auffassung: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585; Tietgen, Zugang, S. 348 f; Schack, ZBR 1961, S. 230 FN 73; Solte, ZBR 1972, S. 111; Isensee, JuS 1970, S. 270; vgl. auch dazu oben: 1. Abschnitt B I.

Dabei weist die Praxis der Personalentscheidungen gegenüber anderen Verwaltungen die Besonderheit auf, daß das gesamte Ausleseverfahren in der Regel durch bloße Ernennung des Favoriten seinen Abschluß findet. Allen anderen Bewerbern werden allenfalls ihre Unterlagen zurückgesandt mit dem Ausdruck des Bedauerns, daß die Wahl nicht auf sie gefallen sei (1); oftmals wird auch darauf verzichtet, weil man ja bei einer späteren Ämtervergabe auf den einen oder anderen zurückgreifen mag. Ablehnungsbescheide, die eine Rechtsbehelfsbelehrung nach den Erfordernissen des § 58 I VwGO enthalten, ergehen in aller Regel nicht (2).

Ergeht ein ausdrücklicher Bescheid mit Rechtsmittelbelehrung, kann der dadurch belastete Bewerber in der Monatsfrist des § 70 I VwGO Widerspruch gegen seine - wie er meint: ungerechtfertigte - Ablehnung einlegen (3) und anschließend Klage erheben.

Teilt die Behörde dem übergangenen Bewerber lediglich mit, daß er nicht zum Zuge gekommen sei, oder bringt sie das zum Ausdruck, indem sie ihm die eingereichten Bewerbungsunterlagen mit einem sinn-

---

1) Der Bewerber hat einen Anspruch auf Mitteilung der Umstände, auf die die Behörde ihre Ablehnung stützt; BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644; Schick, ZBR 1975, S. 3.

2) Schick, ZBR 1975, S. 3; ders., DVBl. 1975, S. 746.

3) Ein Vorverfahren ist in jedem Fall erforderlich, da es sich nach zutreffender Auslegung der § 126 III/1 BRRG, § 172 BBG auch bei Klagen um Aufnahme in das Beamtenverhältnis um eine beamtenrechtliche Streitigkeit handelt.

gemäßen Hinweis zurücksendet, so wird man dieses Verhalten der Behörde gleichwohl als ablehnenden Verwaltungsakt qualifizieren müssen. Da die Versagung der begehrten Ernennung damit dem Bewerber bekanntgegeben wurde, läuft mit dem Zugang dieser Mitteilung die Jahresfrist des § 58 II VwGO.

Unternimmt die Behörde nichts dergleichen, so erlangt der Bewerber zumindest offiziell keine Kenntnis davon, daß unter Verstoß gegen zwingendes Verfassungs- und Gesetzesrecht ein Konkurrent ernannt wurde. Damit fehlt es in einem solchen Fall eines jeglichen Datums, das eine Anfechtungsfrist in Gang setzen könnte (§§ 37, 58 VwGO) (4).

Diese Folgerungen ergeben sich unzweideutig aus der verwaltungsprozessualen Regelung der Rechtsmittelfristen. Sie sind die zwingende Konsequenz der Anfechtbarkeit eines Verwaltungsakts.

Die insbesondere für den Bereich der Beamtenernennungen damit verbundene Rechtsunsicherheit muß offenen Auges gesehen werden. Ob hier unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung dem Anfechtungsrecht eine zeitliche Grenze gesetzt werden darf (5), erscheint höchst bedenklich, würde damit doch dem übergangenen Bewerber - m.E. zu Unrecht - die letzte Handhabe gegen die verfassungswidrige Ernennungspraxis der Behörde genommen.

---

4) Scheuer, DVBl. 1957, S. 747; Fromm, VerwArch 56 (1965), S. 49; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 177; vgl. auch Stich, DVBl. 1957, S. 648; Haueisen, NJW 1964, S. 2040.

5) Vgl. dazu: Ule, Verwaltungsprozeßrecht, S. 177; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 58 Rn. 13 m.w.N.; dagegen: Stich, DVBl. 1957, S. 648.

Der Nachbar, der auf die Einhaltung 'seines' Bauwichs pocht, bleibt in seinem Rechtsschutz gegen die belastende Wirkung eines Verwaltungsakts, der eigentlich nur den Bauherrn begünstigen sollte, unbeschnitten, weil er weder die Beachtung des Bauwichs beantragt hat noch über die Erteilung der Baugenehmigung informiert wurde. Der Bewerber aber, der bei der zuständigen Behörde einen Antrag auf Zugang zum öffentlichen Dienst gestellt hat, soll seines Rechtsanspruchs auf leistungsgerechte Vergabe der öffentlichen Ämter verlustig gehen mit der Ernennung seines Kontrahenten, die ihm nicht einmal mitgeteilt wird.

Während nach einhelliger Auffassung der Bürger einen klagbaren Anspruch hat, daß die Behörde ihn auf einen Antrag hin in angemessener Frist bescheidet, auch wenn er auf den beantragten Verwaltungsakt keinen Anspruch, sondern nur ein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung hat (6), wird dem Bewerber um Aufnahme in den öffentlichen Dienst nicht einmal die zwingende Mitteilung seiner Nichtannahme zugebilligt, geschweige denn ein begründeter Ablehnungsbescheid.

Solche Rechtsauffassung läßt die aus den vorigen Jahrhunderten überlieferte Überzeugung in die Interpretation des Grundgesetzes einfließen, die der unverrückbaren Kräftepolarisierung von autoritärer Machtfülle des Herrschers und obrigkeitshörigem Untertan verhaftet ist.

---

6) Vgl. § 75 VwGO; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 75 Rn. 9 ff; ausdrücklich auch: BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644.

Während es dem Wahlrecht bereits gelungen ist, sich von dieser Vorstellung zu befreien und seine unverfälschte Verwirklichung mit den Mitteln des freiheitlich demokratischen Rechtsstaates sicherzustellen, lernt das nicht minder vornehme Staatsbürgerrecht auf gleichem Zugang zu den öffentlichen Ämtern gerade erst laufen, um sich dann auf den beschwerlichen Weg zu machen. Sein Ziel kann nur der klagebewehrte Anspruch auf Beachtung des Leistungsprinzips unter Ausschaltung aller sachfremden Erwägungen sein.

Diesem Ziel entspricht es, daß die Behörde den Bewerber unter Angabe einer gerichtlich überprüfbaren Begründung bescheidet und ihren Ablehnungsbescheid mit einer Rechtsmittelbelehrung versieht, die für den Bewerber ein Zeichen dafür sein kann, daß eine "Rechts"-Entscheidung ergangen ist. Dabei bleibt der Behörde ein ausreichender Entscheidungsraum für ihre Beurteilung, die auch - ähnlich einer Prüfungsentscheidung - von keinem Richter nachvollzogen werden kann und darf (7).

Die Auslese des Favoriten wird damit aus dem vagen Nebel der (vermeintlichen) 'Personalhoheit' ins Licht klarer Gedankengänge gezogen. Welch heilsame Klarheit hat schon so oft der Zwang zu schriftlicher Begründung dem gebracht, der glaubte, die richtige Lösung gefunden zu haben.

---

7) BVerfG, NJW 1975, S. 1641, 1644.

Von dieser Seite her die bestehende Rechtsunsicherheit zu beseitigen, erscheint nicht nur dem Interesse des Bewerbers gerecht zu werden, so bald als möglich über den Ausgang seiner Bewerbung und dessen Gründe zu wissen. Es ist auch ein hervorragender Weg, das von der Verfassung verankerte Leistungsprinzip verwirklichen zu helfen. Nicht zuletzt entspricht es neben guter Sitte auch allgemeiner Rechtsansicht, daß der Antrag eines Bürgers zu bescheiden ist.

2. Die Anfechtung der Ernennung des Konkurrenten

Wie für den Bereich vergleichbarer Wettbewerbssituationen inzwischen anerkannt (1) belastet die rechtswidrige Ernennung eines Konkurrenten den zurückgesetzten Bewerber (2); sie besitzt Doppelwirkung (3). Die für den Favoriten begünstigende Ernennung belastet als einheitliche Entscheidung die übrigen Bewerber durch deren Ablehnung (4).

---

1) Für die baurechtliche Nachbarklage vgl. Bender, NJW 1966, S. 1989 ff; Bartlsperger, VerwArch 60 (1969), S. 35 ff.
Für das Subventionsrecht vgl. BVerwG, NJW 1969, S. 522 ff m. Anm. Scholz, NJW 1969, S. 1044 f; VG Berlin, DVBl. 1975, S. 268, 271; Scholz, Wirtschaftsrecht, 1972, S. 35 ff, insbes. S. 46; BVerwGE 30, S. 191, 197.

2) OVG RhPf, RiA 1975, S. 98; Solte, ZBR 1972, S. 112; für die Bewerbung um Zulassung zum Bezirksschornsteinfegermeister vgl. Scheuer, DVBl. 1957, S. 745 ff.

3) Zum Verwaltungsakt mit Doppelwirkung vgl. näher: Fromm, VerwArch 56 (1965), S. 26 ff; Laubinger, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung.

4) OVG RhPf, RiA 1975, S. 98.

Der übergangene Beamte kann diese Entscheidung folglich anfechten mit der Begründung, die Auslese des Favoriten beruhe auf einer Verletzung des Leistungsprinzips gemäß Art. 33 II GG und verletze ihn damit in seinen Rechten (5).

III. Die Verpflichtung zur Ernennung des übergangenen Bewerbers

Hat die Einstellungsbehörde im Rahmen des Ausleseverfahrens ihren Beurteilungsspielraum ausgeschöpft und dabei nachweislich zu erkennen gegeben, daß sie den Kläger für den bestgeeigneten Prätendenten hielt, und wurde diese Entscheidung nicht vollzogen (1), so hat dieser einen Anspruch auf Einstellung (2). Er kann dieses Recht im Wege der Verpflichtungsklage durchsetzen mit der Begründung, eine rechtsfehlerfreie Auswahl habe zu einer Übertragung des Amtes an ihn führen müssen (3).

Sachdienlich erscheint hierbei eine Verbindung der Verpflichtungsklage auf Ernennung mit der Anfechtungsklage gegen die Ernennung des Konkurrenten. Die Kombination beider Klagen bereitet keine prozeßrechtlichen Probleme (4).

---

5) Vgl. OVG RhPf., RiA 1975, S. 98, für die (rechtswidrige) Vergabe eines Dienstpostens.

1) Vgl. im einzelnen: oben A II.

2) So auch: Schick, ZBR 1975, S. 4.

3) So: OVG RhPf., RiA 1975, S. 98; Schick, DVBl. 1975, S. 747; Solte, ZBR 1972, S. 112; Ule, Beamtenrecht, § 7 BRRG Anm. III.

4) Solte, ZBR 1972, S. 112 FN 26; Eyermann-Fröhler, VwGO, § 42 Rn. 89.

Korrespondiert dem Verpflichtungsantrag im Normalfall notwendig das Begehren, einen entgegenstehenden Ablehnungsbescheid aufzuheben, muß doch im vorliegenden Fall eine größere Eigenständigkeit beider Anträge bejaht werden. Der Verpflichtung zur Ernennung des Klägers steht hier die Besetzung der Stelle mit dem Konkurrenten entgegen, die Anfechtung allein der Vergabe des Amtes an den Dritten könnte den Ernennungsanspruch des Klägers nicht verwirklichen.

Eine Verbindung beider Klagen wäre deshalb zweckmäßig (5).

Hat die Behörde ihren Beurteilungsspielraum allerdings noch nicht ausgeschöpft, kann das Verpflichtungsurteil nie auf Ernennung des Klägers lauten, sondern nur in der Form des Bescheidungsurteils ergehen (6). Das kann der Fall sein, wenn die Behörde in Ansehung des von ihr favorisierten Prätendenten den Kläger nicht in eine sachgerechte Auswahl einbezogen hat und es deshalb nicht zu einer nachweisbaren Beurteilung der Eignung und Befähigung gekommen ist.

Die Beurteilung der Anforderungen des Amtes und der Eignung des Bewerbers ist ein Akt wertender Erkenntnis, der dem Dienstherrn vorbehalten ist und vom Gericht weder nachvollzogen noch ersetzt werden darf (7). Das Gericht kann nur prüfen, ob der Dienstherr von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist, allgemeingültige Wertmaßstäbe nicht beachtet oder sachfremde Erwägungen angestellt hat (8).

---

5) So auch: Schick, DVBl. 1975, S. 747; Solte, ZBR 1972, S. 112 FN 26.

6) Rüfner, DÖV 1962, S. 802.

7) OVG RhPf, RiA 1975, S. 99.

8) BVerwGE 21, S. 127, 130; OVG RhPf, RiA 1975, S. 99.

IV. Der Suspensiveffekt

Mit Widerspruch und Anfechtungsklage tritt grundsätzlich automatisch aufschiebende Wirkung ein (§ 80 VwGO).

Ist dies auch bei der baurechtlichen Nachbarklage (1) wie der Konkurrentenklage im Subventionsrecht (2) anerkannt und regelmäßig unproblematisch, bestehen wegen der Auswirkungen im Beamtenrecht Bedenken: Greift § 80 VwGO ein, müßte der schon Ernannte bisweilen, gegebenenfalls bis zur Klärung der Hauptsache, als nicht ernannt gelten.

Bezüglich der Auswirkungen auf die Amtshandlungen während dieser Zeit ist diese Situation dem Beamtenrecht, wenn auch mit umgekehrten Vorzeichen für den Fall der Nichtigkeit oder Rücknahme einer Ernennung, nicht unbekannt (3). Da das Gericht aber seiner Entscheidung die Rechtslage im Zeitpunkt der klagebefangenen Einstellung zugrunde legen muß und der Eintritt der formellen Rechtskraft durch Widerspruch und Klage gehindert ist, kann der Kläger während des Verfahrens keinen Rechtsnachteil erleiden, wenn die sofortige Vollziehung angeordnet wird. Damit verliert die aufschiebende Wirkung ihren eigentlichen Sinn.

---

1) Bartlsperger, VerwArch 60 (1969), S. 52 f.

2) Eyermann-Fröhler, VwGO, § 80 Rn. 11.

3) Vgl. §§ 13, 14 BBG.

Für die Rechtsverfolgung des Klägers ist es deshalb unbedenklich und dabei für die Erledigung der Amtsgeschäfte förderlich, wenn die aufschiebende Wirkung durch Vollziehbarkeitserklärung ausgeschaltet wird (4).

V. Schadensersatzansprüche des übergangenen Bewerbers

Nach dem Ergebnis der Untersuchung kann der übergangene Bewerber im Falle der rechtswidrigen Bevorzugung eines Konkurrenten dessen Ernennung anfechten und unter bestimmten Voraussetzungen die eigene Ernennung begehren.

Neben solcher unmittelbarer Realisierung des Rechts auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst tritt freilich jeder Schadensersatzanspruch zurück, da er nie gewähren kann, was der Bürger eigentlich wollte, nämlich Teilhabe an der personellen Repräsentation des Staates durch Verleihung eines öffentlichen Amtes.

Dennoch mag der in seinem Wunsch zu Unrecht enttäuschte Bewerber gute Gründe haben, seinen bestehenden Anspruch auf das Amt nicht durchzusetzen; und sei es nur, weil er glaubt, daß die gerichtliche Erzwingung seiner Ernennung das künftige Dienstverhältnis zu sehr belasten und eine gedeihliche Zusammenarbeit erschweren würde, oder weil er fürchtet, - einmal ernannt - auf ein 'Abstellgleis' geschoben zu werden, um dort den Rest seines Beamtenlebens zu fristen.

---

4) So auch: Schick, DVBl. 1975, S. 747; Solte, ZBR 1972, S. 114.

In solchem Fall kann der übergangene Bewerber Ersatz des Schadens verlangen, der ihm durch die unterlassene Ernennung entstanden ist.

Seinen Anspruch kann der Bewerber um Aufnahme in den öffentlichen Dienst auf Amtshaftung (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) stützen (1) (2). Dies wird, soweit ersichtlich, heute nicht mehr bestritten, da die sachgerechte und von verpönten Erwägungen freie Durchführung des Ausleseverfahrens eine Amtspflicht ist, die dem zuständigen Beamten nicht nur seinem Dienstherrn gegenüber, sondern auch den Bewerbern gegenüber obliegt (3). Denn Art. 33 II GG postuliert nicht bloß ein staatsorganisatorisches Optimierungsprinzip, sondern gewährt darüber hinaus für jeden Bewerber um ein öffentliches Amt Individualrechte auf Verwirklichung des gleichen Zugangs nach Leistung (4).

---

1) Schick, DVBl. 1975, S. 747; Solte, ZBR 1972, S. 112; v. Münch, Öffentlicher Dienst, S. 43; BGH, DRiZ 1969, S. 157.

2) Ist der Bewerber bereits im öffentlichen Dienst und wird er zu Unrecht nicht befördert, kann der Anspruch auch auf eine Verletzung der Fürsorgepflicht gestützt werden. Vgl. hierzu: BVerwGE 15, S. 3, 7 ff; ausführlich: RGZ 146, S. 369, 373 ff; BGHZ 15, S. 185, 187; Konow, ZBR 1972, S. 329 ff.

3) Schick, DVBl. 1975, S. 747; Tietgen, Zugang, S. 349 ff; anders noch: RGZ 110, S. 265, 268; 159, S. 247, 250 f m.w.N.; BGHZ 21, S. 256, 257 f; 23, S. 36, 43; BVerwGE 15, S. 3, 6.

4) Vgl. dazu im einzelnen oben 2. Kap., B IV.

VI. Die Verfassungsbeschwerde des übergangenen Bewerbers

Gemäß Art. 93 I Nr. 4 a GG entscheidet das Bundesverfassungsgericht über Verfassungsbeschwerden, die mit der Behauptung erhoben werden können, durch die öffentliche Gewalt in einem der in Art. ... 33 ... enthaltenen Rechte verletzt zu sein.

Zwar erlaubt die einschränkungslose Nennung des Art. 33 GG in Art. 93 I Nr. 4 a GG und § 90 I BVerfGG nicht den zweifelsfreien Schluß auf den grundrechtlichen Gehalt der gesamten Vorschrift. Denn der Weg zum Verfassungsgericht ist für die Verfassungsbeschwerde nur dann eröffnet, wenn die Auslegung des Grundgesetzes ergibt, daß und inwieweit subjektive Rechte begründet werden sollen (1). Nach absolut herrschender Meinung gewährt aber Art. 33 II GG ein subjektives Recht, dessen Verletzung demzufolge im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden kann (2).

Da jedoch die Verfassungsbeschwerde ebensowenig wie jede verwaltungsgerichtliche Klage die Bestandskraft der Ernennung zum Beamten, wie sie von der noch h. M. bejaht wird, überwinden kann, birgt sie keine Erweiterung des Rechtsschutzes (3).

---

1) BVerfGE 6, S. 445, 448; 8, S. 1, 11; Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 68; Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 2.

2) So ausdrücklich: Maunz, in: M-D-H Art. 33 Rn. 17; v. Mangoldt-Klein, S. 801, 803; Ule, Öffentlicher Dienst, S. 585 f; a.A. wohl: Thieme, Öffentlicher Dienst, S. 60.

3) Gegen die erfolgte Ernennung eines Mitbewerbers wurde eine VB bisher folgerichtig nicht zugelassen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Verfassungsbeschwerde nach Erschöpfung des Rechtswegs zulässig (4).

---

4) So auch: Schick, DVBl. 1975, S. 747; Stern, Verfassungstreue, S. 65.

Literaturverzeichnis

AICH, Fritz: Der Zugang zu den öffentlichen Ämtern nach dem Grundgesetz, Diss. Heidelberg 1952

ALEMANN, Ulrich von (Hrsg.): Partizipation - Demokratisierung - Mitbestimmung, Problemstellung und Literatur in Politik, Wirtschaft, Bildung und Wissenschaft, Opladen 1975

ANDERS, Georg: Zur Kritik am Bundesbeamtengesetz, DÖV 1953, S. 453 - 456

- Zur Problematik der Institution der politischen Beamten, DÖV 1964, S. 109 - 119

ANSCHÜTZ, Gerhard: Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. Aug. 1919, unveränd. Nachdruck der 14. Aufl. (Berlin 1933), Bad Homburg v.d.H. 1960

ARNDT, Adolf: Muß der Beamte seine Zugehörigkeit zu einer politischen Partei offenbaren?, JZ 1956, S. 80 - 81

ARNDT, Gottfried: Die Verfassungstreuepflicht im öffentlichen Dienstrecht und das Grundgesetz, DÖV 1973, S. 584 - 593

- Zur Vereinbarkeit der Mitgliedschaft in nicht verfassungsfreundlichen Parteien und Vereinigungen mit einer Beschäftigung im öffentlichen Dienst, ZBR 1974, S. 121 - 128

ATTENBERGER, Manfred: Das neue Laufbahnrecht der Bundesbeamten, ZBR 1970 S. 169 - 174

AZZOLA, Axel/LAUTNER, Gerd: Öffentlicher Dienst, "Verfassungsfeinde" und Parteienprivileg, ZRP 1973, S. 243 - 251

- Loyalitätspflicht und politische Kommunikationsrechte der Beamten, ZBR 1973, S. 125 - 131

BACHOF, Otto: Über einige Entwicklungstendenzen im gegenwärtigen deutschen Verwaltungsrecht, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II 1963, S. 3 - 18

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 37 ff
- Zum Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichts, JZ 1958, S. 468 - 471
- Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S. 193 - 244
- Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, JZ 1957, S. 431 - 441
- Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 2. Aufl., Tübingen 1968
- Freiheit des Berufs, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. III, 1. Hbbd., Berlin 1958, S. 155 - 265
- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, München 1955, S. 287 - 307

BADENHOOP, Reinhard K.J.: Dienstpostenbewertung - Grundlage des Leistungsprinzips, ZBR 1964, S. 193 - 198

BADURA, Peter: Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92 (1967), S. 382 - 407

- Gesetzgebung und Grundrechtsschutz wirtschaftlicher Tätigkeit, BayVBl. 1971, S. 7 - 10
- Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung. Ein exemplarischer Leitfaden, Frankfurt 1971

BALDORF, Berndt: Ist das Verhalten des Wahlausschusses, der die Konfession aller Bewerber erfragt und dann nur Bewerber einer Konfession ... berücksichtigt hatte, ein Verstoß gegen Art. 3 und 33 des Grundgesetzes, der den Wahlakt unwirksam macht?, DVBl. 1952, S. 642 - 643

BALLERSTEDT, Kurt: Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. III, 1. Hbbd., Berlin 1958, S. 1 - 90

BARING, Martin: Über das Bundesbeamtengesetz, DVBl. 1953, S. 453 - 458

BARTLSPERGER, Richard: Das Dilemma des baulichen Nachbarrechts, VerwArch 60 (1969), S. 35 - 63

BATTIS, Ulrich: Zum Ausschluß "verfassungsfeindlicher" Bewerber vom öffentlichen Dienst, JZ 1972, S. 384 - 388

BECKER, Hans Joachim: Ausgewählte Probleme des Beamtenrechts in der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, ZBR 1972, S. 68 - 79

BENDER, Bernd: Aktuelles zur Problematik des gerichtlichen Nachbarschutzes im Baurecht, NJW 1966, S. 1989 - 1996

- Rechtsstaat und Sozialstaat, in: Laissez-faire-Pluralismus, Demokratie und Wirtschaft des gegenwärtigen Zeitalters, Berlin 1966, S. 319 - 382

BERG, Wilfried: Politik, Beamtentum und politische Beamte, MDR 1973, S. 185 - 190

BETHGE, Herbert: Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, Diss. Köln 1968

BETTERMANN, Karl August: Rundfunkfreiheit und Rundfunkorganisation, DVBl. 1963, S. 41 - 44

BODE, Eckart: Die Rücknahme rechtswidriger Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, Diss. Göttingen 1967

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang: Verfassungsfragen der Richterwahl, Berlin 1974

BÖTTCHER, Reinhard: Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, Berlin 1967

BOGS, Walter: Das Problem der Freiheit im sozialen Rechtsstaat, in: Festschrift für Friedrich Lenz, Berlin 1961, S. 367 ff

BORGS-MACIEJEWSKI, Hermann: Radikale im öffentlichen Dienst, in: Beilage zu "Das Parlament", B 27/73 vom 7.7.1973

BROHM, Winfried: Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, Stuttgart - Berlin u.a. 1969

BULL, Peter: Die Staatsaufgaben nach dem Grundgesetz, Frankfurt 1973

BULLA, Eckart: Die Lehre von der streitbaren Demokratie, AöR 98 (1973), S. 340 - 360

BURGER, Friedrich: Art. 33 GG und die sog. staatlich gebundenen Berufe, Diss. Marburg 1967

BURMEISTER, Joachim: Vom staatsbegrenzenden Grundrechtsverständnis zum Grundrechtsschutz für Staatsfunktionen, Frankfurt 1971

DENNEWITZ, Bodo: Bearbeitung des Art. 36 GG a.F., in: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar)

DICKE, Detlev Christian: Radikale im öffentlichen Dienst, ZBR 1973, S. 1 - 8

DUPPRE, Fritz: Der leitende Beamte und die politische Spitze des Amtes, in: Öffentlicher Dienst und politischer Bereich, Schriftreihe der Hochschule Speyer, Bd. 37, Berlin 1968, S. 14 - 30

EBERT, Kurt: Das Recht des öffentlichen Dienstes, Berlin 1965

EHMKE, Horst: "Staat" und "Gesellschaft" als verfassungstheoretisches Problem, in: Festgabe für Rudolf Smend, Tübingen 1962, S. 23 - 49

- Wirtschaft und Verfassung, Karlsruhe 1961

ENTWICKLUNG der Aufgaben und Ausgaben von Bund, Ländern und Gemeinden: Vorträge und Diskussionsbeiträge der 39. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer 1971, Berlin 1971

ERMACORA, Felix: Öffentliche Ausschreibung, in: Berufsbeamtentum im demokratischen Staat, hersg. v. Walter Leisner, Berlin 1975, S. 9 - 21

ESCHENBURG, Theodor: Grundsätze und Grenzfälle - Neuer Kompromißversuch beim Extremistengesetz, Die Zeit Nr. 6 vom 30.1.1976, S. 10

- Wohin mit den Parteibuchbeamten? - Das Dilemma der Minister nach einem Regierungswechsel - Widerspruch zwischen Unkündbarkeit und Ämterpatronage, Die Zeit Nr. 44 vom 22.10.1976, S. 16
- Staat und Gesellschaft in Deutschland, Stuttgart 1956

EVERS, Hans-Ulrich: Beamter und Politik, in: Festgabe für Heinrich Herrfahrdt zum 70. Geburtstag, Marburg 1961, S. 19 - 43

EYERMANN, Erich/FRÖHLER, Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 6. Aufl., München 1974

FEES, Karl: Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst, ZBR 1967, S. 203 - 204

FEHLIG, Klaus: Die Rechtsstellung des Staatssekretärs im deutschen Staatsrecht, Diss. Würzburg 1969

FINGER, August: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (der Verfassung vom 11. August 1919), Stuttgart 1923

FISCHBACH, Oskar Georg: Bundesbeamtengesetz, 2 Bde., Köln u.a. 1964/65

- Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, DVBl. 1951, S. 99 - 105

- Bemerkungen zum Regierungsentwurf eines Bundesbeamtengesetzes, DÖV 1952, S. 193 - 201 und DÖV 1952, S. 644 - 645
- Inwieweit läßt Art. 33 Abs. 5 des GG eine Reform des Beamtenrechts zu? (Korreferat), in: Verhdl. des 39. DJT in Stuttgart 1951, Tübingen 1952, S. D 33 - D 98

FLEISCHMANN, Eugen: Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin 1970

FORSTHOFF, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff
- Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Rechtsgutachten, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, Bd. V, S. 17 - 70
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 10. Aufl., München 1973
- Die Verwaltung als Leistungsträger, Stuttgart - Berlin 1938
- Verfassungsprobleme des Sozialstaates, Münster 1954

FRICKE, Walter: Probleme der Ämterpatronage - Ein Beitrag zum Verhältnis des Beamtentums zu den politischen Parteien, Interessenverbänden und Kirchen, Diss. Münster 1973

FROMM, Günter: Verwaltungsakte mit Drittwirkung, VerwArch 56 (1965), S. 26 - 60

GEIGER, Willi: Was heißt sozialer Rechtsstaat nach dem Grundgesetz?, in: Sozialer Rechtsstaat, Wohlfahrtsstaat, Versorgungsstaat, Paderborn 1962, S. 9 ff

GIESE, Friedrich: Zur verfassungsrechtlichen Problematik des sog. "Beförderungsschnitts", DVBl. 1953, S. 595 - 597

GIESE, Friedrich/SCHUNCK, Egon: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 9. Aufl., Frankfurt 1976

GKÖD: Gesamtkommentar öffentliches Dienstrecht, hrsg. v. Walther Fürst, Band I: Beamtenrecht des Bundes und der Länder, erl. v. Walther Fürst, Hans Joachim Finger, Otto Mühl, Franz Niedermaier, Loseblatt, Stand: 20. Lieferung, Oktober 1976

GRABENDORFF, Walter: Zur Frage der Auslegung des Art. 36 Bonner Grundgesetz, DÖV 1952, S. 301 - 303

- Ist die Frage nach der Parteizugehörigkeit eines Beamten zulässig?, ZBR 1955, S. 48 - 49
- Nochmals: Gegen eine rechtliche Einheit von Berufsbeamtentum und Berufssoldatentum, RiA 1955, S. 299 - 300
- Zum Bundesbeamtengesetz, DÖV 1953, S. 722 - 725
- Anmerkung zum Beschluß des BVerwG v. 25.4.1957 (ZBR 1957, S. 363 - 365), ZBR 1957, S. 365 - 366
- Anmerkung zu BVerwG, B. v. 28.2.1958, ZBR 1958, S. 212 - 213

GREWE, Wilhelm: Die politische Treuepflichten der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, in: Gutachten zum Beschluß der BReg. v. 19.9.1950 zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, 1951, S. 35 - 64

- Politische Treuepflicht im öffentlichen Dienst, AöR 76 (1950/51), S. 335 - 338

- Inwieweit läßt Art. 33 Abs. 5 des GG eine Reform des Beamtenrechts zu? (Referat), in: Verhdl. des 39. D.J.T. in Stuttgart 1951, Tübingen 1952, S. D 3 - D 32

GSCHEIDLE, Kurt: Vereinbarkeit des Leistungsgedankens im Beamtenrecht mit dem derzeitigen Dienstrecht, Düsseldorf 1969

GÜSSREGEN, Josef: Theorie und Praxis der Ausschreibung freier Dienstposten bei den Bundesbehörden, DöD 1973, S. 115 - 122

- Beförderungen, NDBZ 1970, S. 113 - 115

HÄBERLE, Peter: Öffentliches Interesse als juristisches Problem, Frankfurt a.M. 1970

- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 - 131

HAMANN, Andreas/LENZ, Helmut: Das Grundgesetz für die BRD vom 23. Mai 1949, Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, 3. Aufl., Neuwied - Berlin 1970

HAMEL, Walter: Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. IV, 1. Hbbd., Berlin 1960, S. 37 - 110

HARTLEB, Jutta: Die Frage nach der Parteizugehörigkeit im öffentlichen Dienst, ZBR 1970, S. 179 - 182

HAUEISEN, Fritz: Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964, S. 2037 - 2041

HECKEL, Hans: Zur Frage der Vereinbarkeit der Bekenntnisschule mit dem Grundgesetz, DÖV 1953, S. 593 - 596

HEINRICHS, Wilhelm: Artikel: "Amt", Staatslexikon, Freiburg 1957, Sp. 305 - 308

HEISE, Detlef: Beförderungsanspruch aus Fürsorgepflichtverletzung?, ZBR 1969, S. 165 - 169

HENKE, Wilhelm: Anm. zum Urteil des VG Berlin (DVBl. 1975, S. 268 ff), DVBl. 1975, S. 272 - 274

- Das subjektive öffentliche Recht, Tübingen 1968

HERZOG, Roman: Möglichkeiten und Grenzen des Demokratieprinzips in der öffentlichen Verwaltung, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S. 485 - 496

- Art. "Berufsfreiheit", in: Ev. Staatslexikon, 2. Aufl., Stuttgart - Berlin 1975, Sp. 186 - 191
- Allgemeine Staatslehre, Frankfurt 1971

HESSE, Konrad: Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD, 8. Aufl., Karlsruhe 1975

HIPPEL, Mila von: Gleicher Zugang zu öffentlichen Ämtern durch Stellenausschreibung, Schriftenreihe des Dt. Beamtenbundes, hrsg. von der Bundesleitung, Heft 56, Bonn-Bad Godesberg 1972

- Verlangt der gleiche Zugang zu den öffentlichen Ämtern die Stellenausschreibung?, DVBl. 1972, S. 12 - 16

HOFFMANN, Heinrich: Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl. 1964, S. 457 - 465

HUBER, Ernst Rudolf: Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft, in: Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, hersg. von E. Forsthoff, Darmstadt 1968, S. 589 - 618

HUMBOLDT, Wilhelm von: Über die Grenzen der Wirksamkeit des Staates, Nürnberg 1946

IPSEN, Hans Peter: Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Band 2, Berlin 1954, S. 111 - 198

ISENSEE, Josef: Der Beamte zwischen Parteifreiheit und Verfassungstreue, JuS 1973, S. 265 - 272

JAHRREISS, Hermann: Freiheit und Sozialstaat, Krefeld 1957

JELLINEK, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., Tübingen 1919 (Neudruck Aalen 1964)

JENKE, Hans-Joachim: Sachfremde Einflüsse auf Statusentscheidungen von Beamten, Diss. Göttingen 1974

JESS, Edmund: Bearb. d. Art. 33 GG, in: Kommentar zum Bonner GG (Bonner Kommentar)

JUNCKER, Wolfgang: Der politische Beamte - ein Widerspruch in sich, ZBR 1974, S. 205 - 209

KALLABIS, W.: Beförderungsschnitt und Grundgesetz, ZBR 1958, S. 117 - 121 und 123 - 124

KEMPER, Gerd-Heinrich: Anmerkung zu BVerfG, NJW 1975, S. 1641 ff, DÖV 1975, S. 671 - 673

KLECATSKY, Hans R.: Was verlangt der Rechtsstaat heute?, in: Der Rechtsstaat zwischen heute und morgen, Wien - Freiburg - Basel 1967, S. 13 ff

KLEIN, Hans H.: Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, S. 755 - 759

KLINKHARDT, V.: Die Alimentationstheorie im Beamtenrecht, ZBR 1964, S. 257 - 263

KNIES, Wolfgang: Das Grundgesetz und die Ausbildung für den höheren Forstdienst, Allgemeine Forstzeitschrift 1964, Nr. 42, S. 1 - 6

KÖNIG, Klaus: Verwaltungsreform und Demokratiediskussion, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S. 271 - 295

KÖTTGEN, Arnold: Ämterpatronage, DÖV 1953, S. 321 - 326

- Das anvertraute öffentliche Amt, in: Staatsverfassung und Kirchenordnung, Fg. für Rudolf Smend zum 80. Geburtstag, Tübingen 1962, S. 119 - 149

KONOW, Karl-Otto: Fehlerhafte dienstliche Beurteilungen als Fürsorgepflichtverletzungen, ZBR 1972, S. 329 - 334

- Rechtsprobleme bei der Besetzung von Dienstposten, ZBR 1973, S. 170 - 173

KRAUTZBERGER, Michael: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch Private, Berlin 1971

KRIELE, Martin: Kommunisten als Beamte?, ZRP 1971, S. 273 - 276

KRÖGER, Klaus: Verfassungsrechtliche Grundfragen des Rechts der Beamten auf "parteipolitische Meinungsäußerungen", AöR 88 (1963), S. 121 - 159

KRÜGER, Herbert: Die deutsche Staatlichkeit im Jahre 1971, Der Staat 10 (1971), S. 1 - 31

- Das Leistungsprinzip als Verfassungsgrundsatz, Bonn-Bad Godesberg 1957
- Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart - Berlin u.a. 1966

KUBIN, Ernst: Arbeits-, Dienstposten-, Leistungs- und Verhaltensbewertung in öffentlichen Verwaltungen, Köln 1967

LADEMANN, Karl: Zur Extremisten-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 22. Mai 1975, DRiZ 1975, S. 357 - 359

LANGE, Gerhard: Die Bewertung der Dienstposten in der öffentlichen Verwaltung, Teil I, Grundlagen, Starnberg 1960

LANGE, Klaus: "Radikale" im öffentlichen Dienst?, NJW 1976, S. 1809 - 1816

LAUBINGER, Hans Werner: Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, Göttingen 1967

LEIBHOLZ, G./RINCK, H.J.: GG für die BRD, Kommentar an Hand der Rspr. des BVerfG, 4. Aufl., Köln 1971

LEISNER, Walter: Mitbestimmung im öffentlichen Dienst, Bonn-Bad Godesberg 1970

- Grundlagen des Berufsbeamtentums - mit einer Studie über das Leistungsprinzip, Bonn-Bad Godesberg 1971
- Werbefernsehen und Öffentliches Recht, Berlin 1967
- Privatinteressen als öffentliches Interesse, DÖV 1970, S. 217 - 223
- Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AöR 93 (1968), S. 161 - 199

LEMHÖFER, Bernt: Sachforderungen für ein modernes Beamtenrecht - Allg. Beamtenrecht -, ZBR 1971, S. 289 - 300

LERCHE, Peter: Werbung und Verfassung, München - Berlin 1967

- Rundfunkmonopol. Zur Zulassung privater Fernsehveranstaltungen, Frankfurt a.M. - Berlin 1970

LUHMANN, Niklas: Legitimation durch Verfahren, 2. Aufl., Neuwied, Berlin 1975

LUHMANN, Niklas/MAYNTZ, Renate: Personal im öffentlichen Dienst - Eintritt und Karrieren -, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Band 7 (1973)

MALZ, Heinrich: Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst, DBB 1961, S. 33 - 34

- Rechtssicherungen und Leistungsgrundsatz - Ein rechtsvergleichender Bericht, ZBR 1960, S. 1 - 4

MANGOLDT, Hermann von/KLEIN, Friedrich: Das Bonner GG, Kommentar, 2 Bde., 2. Aufl., Berlin, Frankfurt 1966

MARTENS, Wolfgang: Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H. - Berlin - Zürich 1969

MAUNZ, Theodor: Die staatsbürgerliche Gleichheit, in: Ged.schr. f. Hans Peters, hrsg. v. H. Conrad u.a., Berlin 1967, S. 558 - 568

- Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 20. Aufl., München 1975

MAUNZ, Theodor/DÜRIG, Günter/HERZOG, Roman: Grundgesetz, Kommentar, Losebl., Stand: 4. Aufl., München 1974

MAURER, Hartmut: Die Mitgliedschaft von Beamten in verfassungsfeindlichen Parteien und Organisationen, NJW 1972, S. 601 - 607

MAYER, Franz: Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Rechtsgutachten, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, Bd. V, S. 557 - 746

MAYER, Otto: Deutsches Verfassungsrecht I, 3. Aufl., München, Leipzig 1924

MENGER, Christian-Friedrich: Parteienprivileg und Zugang Radikaler zum öffentlichen Dienst, VerwArch Bd. 67 (1976), S. 105 - 115

- Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch 54 (1963), S. 286 - 298 und VerwArch 55 (1964), S. 73 - 84 und VerwArch 56 (1965), S. 81 - 96

- Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Zwecken, Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns, DVBl. 1960, S. 297 - 303

MEYER, Georg/ANSCHÜTZ, Gerhard: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 6. Aufl., Leipzig 1905

MÜNCH, Ingo von: Öffentlicher Dienst, in: Ingo v. Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Frankfurt 1972, S. 19 - 82

- Die Einflußnahme der politischen Parteien auf Beamtenernennungen und -beförderungen, ZBR 1960, S. 245 - 250

MÜNSTER, Albrecht: Das allgemeine Dienstalter, BayBZ 1960, S. 98 - 101

NAWIASKY, Hans: Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart und Köln 1950

NEESSE, Gottfried: Der Leistungsgrundsatz im öffentlichen Dienst, München, Wien 1967

NILGES, Heinz: Das Leistungsprinzip im Beamtenrecht als Verfassungsgrundsatz, BayBZ 1961, S. 145 - 147

OBERMAYER, Klaus: Die Beurteilungsfreiheit der Verwaltung, BayVBl. 1975, S. 257 - 263

OPPENHEIMER, Johannes: Entwicklungstendenzen in der Rspr. des BVerwG, ZBR 1971, S. 189 - 202

OSSENBÜHL, Fritz: Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 2. Aufl., Berlin 1965

PERWO, -: Das Recht des Beamten auf Mitgliedschaft und Tätigkeit in einer demokratischen Partei, ZBR 1956, S. 110 - 114

PETERS, Hans: Lehrbuch der Verwaltung, Berlin u.a. 1949

- Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. II, München - Berlin 1965, S. 877 - 895
- Die Verwaltung als eigenständige Staatsgewalt, Krefeld 1965

PIETZCKER, Jost: Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Ausgestaltung staatlicher Prüfungen, Berlin 1975

PILLAT, Franz: Neufassung der hamburgischen Laufbahnverordnung, ZBR 1970, S. 174 - 179

PLOG, Ernst/WIEDOW, Alexander/BECK, Gerhard: Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl., Neuwied 1965, Stand: 5.6.1974

PLÜMER, Egon: Mitgliedschaft von Beamten und Beamtenanwärtern in verfassungsfeindlichen Parteien, NJW 1973, S. 4 - 10

- Kein Amtssessel für Verfassungsfeinde!, in: Recht und Staat, Festschrift für Günter Küchenhoff, Bd. 2, Berlin 1972, S. 639 - 651

PÜTTNER, Günter: Die öffentlichen Unternehmen, Bad Homburg v.d.H. - Berlin - Zürich 1969

REDEKER, Konrad/OERTZEN, Hans-Joachim von: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 1971

REINHARD, Rainer: Leistungsprinzip und öffentliche Verwaltung, ZBR 1972, S. 1 - 5

RUDOLPH, Wolfgang: Die Mitgliedschaft von Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes in nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Parteien und Vereinigungen, DVBl. 1967, S. 647 - 651

RÜFNER, Wolfgang: Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967

- Verwaltungsrechtsschutz bei erfolgloser Bewerbung um kommunale Wahlämter, DÖV 1962, S. 801 - 805

RUPP, Hans Heinrich: Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 92 (1967), S. 212 - 242

- Freiheit und Partizipation, NJW 1972, S. 1537 - 1543
- Privateigentum an Staatsfunktionen?, Tübingen 1963
- Das Grundrecht der Be ufsfreiheit, NJW 1965, S. 993 - 996

RYFFEL, Hans: Öffentliche Interessen und Gemeinwohl, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Berlin 1968, S. 13 - 31

SAENGER, Michael: Radikale im öffentlichen Dienst, ZBR 1974, S. 128 - 136

SALOMON, Klaus Dieter: Der soziale Rechtsstaat als Verfassungsauftrag des Bonner Grundgesetzes, Köln 1965

SCHACK, Friedrich: Unterlassen einer Beförderung, ZBR 1961, S. 225 - 230

- Anm. zu BVerwGE 15, S. 3 ff, ZBR 1963, S. 353 - 354

SCHAEDER, Reinhard: Demokratische Tendenzen in der Verwaltungswissenschaft, in: Demokratie und Verwaltung, Berlin 1972, S. 159 - 177

SCHAMBECK, Herbert: Vom Sinnwandel des Rechtsstaates, Berlin 1970

SCHEFFER, Klaus: Grundrechte und Beamtenrecht, Diss. Tübingen 1966

SCHEUER, Hans: Zur Rangfestsetzung im Schornsteinfegerrecht, DVBl. 1957, S. 745 - 747

SCHEUNER, Ulrich: Politische Betätigung von Beamten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, in: Gutachten zum Beschluß der Bundesregierung vom 19.9.1950 zur politischen Betätigung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes gegen die demokratische Grundordnung, 1951, S. 65 - 92

- Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes, in: Recht - Staat - Wirtschaft, Bd. IV, hrsg. v. H. Wandersleb, Düsseldorf 1953, S. 88 - 119
- Staatszielbestimmungen, in: Festschrift für Ernst Forsthoff, München 1972, S. 325 - 346
- Voraussetzung und Form der Errichtung öffentlicher Körperschaften, in: Gedächtnisschrift für Peters, Berlin - Heidelberg - New York 1967, S. 797 - 821

SCHICK, Walter: Wichtige Entscheidungen zum Prüfungs- und Beurteilungsrecht - Rechtsprechungsbericht, ZBR 1972, S. 300 - 306

- Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV 1962, S. 931 - 936
- Zum Rechtsanspruch des Beamten auf Beschäftigung, in: Fg. für Theodor Maunz zum 70. Geburtstag am 1. Sept. 1971, München 1971, S. 329 - 343
- Der "Radikalenbeschluß" des Bundesverfassungsgerichts - Inhalt und Konsequenzen, NJW 1975, S. 2169 - 2175
- Radikalenproblem und kein Ende - Zu den Gesetzentwürfen von Bundesregierung und Bundesrat -, ZBR 1975, S. 1 - 7
- Wichtige Entscheidungen oberster Gerichte - Rechtsprechungsbericht, ZBR 1967, S. 297 - 302

- Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Rechtsgutachten, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, Bd. V, S. 171 - 299
- Beamtenrecht - Beamtentum - Beamte, JZ 1970, S. 449 - 452
- Die "Konkurrentenklage" des Europäischen Beamtenrechts - Vorbild für das deutsche Recht?, - Überlegungen anläßlich eines Urteils des Europäischen Gerichtshofs -, DVBl. 1975, S. 741 - 747

SCHLOCHAUER, Hans-Jürgen: Öffentliches Recht, Karlsruhe 1957

SCHMIDT-BLEIBTREU, Bruno/KLEIN, Franz: Kommentar zum GG für die BRD, 3. Aufl., Neuwied, Berlin 1973

SCHMITT GLAESER, Walter: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, S. 179 - 265

SCHNUR, Roman : Gemeinwohl und öffentliches Interesse in den Verfassungen und den Gesetzen des sozialen Rechtsstaats, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Berlin 1968, S. 57 - 72

SCHOLTISSEK, Herbert: Die Berufsfreiheit und der Regelungsvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 GG, in: Festgabe für G. Küchenhoff, Göttingen 1967, S. 203 - 214

SCHOLZ, Rupert: Die öffentlich-rechtliche Konkurrentenklage in der Rechtsprechung der Verwaltungs- und Zivilgerichte, in: Wirtschaftsrecht 1972, S. 35 - 66
- Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, Berlin 1971
- Anm. zum Urteil des BVerwG vom 30.8.1968 (NJW 1969, S. 522 ff), NJW 1969, S. 1044 - 1045

SCHÜTZ, Erwin: Grundrechte und Beamtenverhältnis, DöD 1968, S. 1 - 4 und S. 23 - 27

- Amtsbezeichnungen sind notwendig und zweckmäßig!, DöD 1970, S. 41 - 44

SCHÜTZ, Erwin/ULLAND, Carl: Beamtenrecht des Bundes und der Länder, Kommentar, 2 Bde., Stand: Bd. 1: Nov. 1968; Bd. 2: Apr. 1969

SCHUNKE, Reinhard: Die politischen Beamten, Diss. Saarbrücken 1973

SCHWEIGER, Karl: Parteienprivileg und dienstrechtliche Treuepflicht, JZ 1974, S. 743 - 750

SEGGER, Hans-Horst: Zur gerichtlichen Kontrolle der Auswahl von Beamten für die Teilnahme an Beförderungslehrgängen, ZBR 1973 S. 166 - 169

SEMLER, Jutta: Dürfen Beamte verfassungsfeindlichen Parteien angehören?, ZBR 1971, S. 107 - 111

SOLTE, E.L.: Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen, ZBR 1972, S. 109 - 115

SPITZENPOLITIKER bekennen sich zum Berufsbeamtentum - Für eine Verwirklichung des Leistungsprinzips, in: Saarbrücker Zeitung vom 21.2.1975, S. 1

STARCK, Christian: Freiheit und Organisation, Tübingen 1976

- Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfe zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Band II 1976, S. 480 ff

STEIN, Erwin: Probleme des Schulrechts nach dem Grundgesetz, NJW 1950, S. 658 - 661

STEIN, Lorenz von: Handbuch der Verwaltungslehre I, 3. Aufl., Stuttgart 1888

STERN, Klaus: Art. "Sozialstaat", in: Ev. Staatslexikon, 2. Aufl., Stuttgart - Berlin 1975, Sp. 2402 - 2413

- Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974

STICH, Rudolf: Anm. zum Beschluß des BVerwG v. 28.5.1957 (DVBl. 1957, S. 646), DVBl. 1957, S. 646 - 648

STIER=SOMLO, Fritz: Deutsches Reichs- und Landesstaatsrecht, Bd. I, Berlin, Leipzig 1924

STRALENHEIM, Henning Freiherr von: Die Auslegung und Durchführung des Art. 36 GG, DÖV 1951, S. 628 - 631

STUDIENKOMMISSION für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, hrsg. vom Bundesminister des Innern, Bericht der Kommission nebst 11 Anlagebänden, Baden-Baden 1973

STUTZKY, Hartmut: Auswirkungen des Sozialstaatsprinzips auf das Beamtenverhältnis unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Dienstherrn, Diss. Würzburg 1966

SUMMER, Rudolf: Die Novellierung der bayerischen Laufbahnverordnung und verfassungsrechtliche Schranken des Laufbahnrechts, ZBR 1968, S. 268 - 274

THIELE, Willi: Die sogenannten politischen Beamten, DöD 1961, S. 81 - 87

THIEME, Werner: Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, S. 280 - 284

- Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts. Rechtsgutachten, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, Bd. V, S. 301 - 433
- Das Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte, JZ 1959, S. 265 - 270
- Empfiehlt es sich, das Beamtenrecht unter Berücksichtigung der Wandlungen von Staat und Gesellschaft neu zu ordnen?, Gutachten, in: Verhandlungen des 48. DJT 1970, München 1970, S. D 1 - D 76
- Der öffentliche Dienst in der Verfassungsordnung des GG (Art. 33 GG), Göttingen 1961
- Der Beamte im sozialen Rechtsstaat, ZBR 1960, S. 169 - 174

TIETGEN, Walter: Der Zugang zu den Ämtern des öffentlichen Dienstes, - Eine Studie des Rechtsschutzes -, in: 100 Jahre Deutsches Rechtsleben, Festschr. zum hundertjährigen Bestehen des Dt. Juristentages 1860 - 1960, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 325 - 352
- Anm. zu BVerwGE 15, S. 3 ff, DVBl. 1963, S. 513 - 515

TIPKE, Klaus: Steuerrecht, Ein systematischer Grundriß, 2. Aufl., Köln 1974

ULE, Carl Hermann: Die Institution des Berufsbeamtentums und der Gesetzgeber. Zur Verfassungsmäßigkeit des § 110 BBG (Beförderungsschnitt), 1958
- Konflikte zwischen Beamtenpflichten und Parteipflichten, in: Verfassung, Verwaltung, Finanzkontrolle, Festschrift für Hans Schäfer, Köln u.a. 1975, S. 93 - 108

- Verfassungsrechtliche Grenzen einer Reform des öffentlichen Dienstrechts, Rechtsgutachten, in: Studienkommission für die Reform des öffentlichen Dienstrechts, Baden-Baden 1973, Bd. V, S. 441 - 555
- Verwaltungsprozeßrecht, 6. Aufl. 1975
- Beförderungsschnitt und Grundgesetz, ZBR 1958, S. 122 - 123
- Entwicklungstendenzen im öffentlichen Dienst, DVBl. 1970, S. 637 - 644
- Beamtenrecht, Köln u.a. 1970
- Öffentlicher Dienst, in: Bettermann-Nipperdey, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. IV, 2. Hbbd., S. 537 - 671

VALLENDAR, Willi: Der Anspruch auf Beförderung in der verwaltungsgerichtlichen Praxis, DÖD 1973, S. 4 - 6

WACKE, Gerhard: Die Versetzung politischer Beamten in den einstweiligen Ruhestand, AöR 91 (1966), S. 441 - 502
- Grundlagen des öffentlichen Dienstrechts, Tübingen 1957

WALTER, Robert: Partizipation an Verwaltungsentscheidungen, VVDStRL 31, S. 147 - 178

WEISS, Hans Dietrich: Mangelnde Verfassungstreue als Dienstvergehen, ZBR 1975, S. 365 - 372
- Die Verfassungstreuepflicht des Beamten im Spiegel der Rechtsprechung - Eine Dokumentation zum "Radikalenproblem", ZBR 1974, S. 81 - 89

WENZEL, Herbert: Die Regelbeförderung, DÖD 1965, S. 121 - 125

WERNER, Fritz: Wandelt sich die Funktion des Rechts im sozialen Rechtsstaat?, in: Festschrift für G. Leibholz, Bd. II, Tübingen 1966, S. 153 - 166

WIESE, Walter: Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland - Grundlagen - Probleme - Neuordnung -, Neuwied und Berlin 1972

WINDSCHEID, C.: Zur Frage der beamtenrechtlichen Wahrheitspflicht, ZBR 1955, S. 47 - 48

WOLFF, Hans Joachim/BACHOF, Otto: Verwaltungsrecht. Ein Studienbuch, Bd. I, 9. Aufl. München 1974; Bd. II, 4. Aufl. München 1976

ZIEGLER, Gerhard: Post aus DKP-Hand, Die Zeit Nr. 39 vom 17.9.1976

ZUCK, Rüdiger: Zur Bindungswirkung der Radikalenentscheidung des BVerfG, JuS 1975, S. 695 - 698